Agent und Mäkler
nach deutſchem und ſchweizeriſchem Recht

Inaugural-Diſſertation

der juriſtiſchen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Univerſität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Marx

aus Anröchte, Kreis Lippſtadt

Referendar am Amtsgericht zu Paderborn

Approbiert am 21. November 1928.

*

Höxter a. d. Weſer
Buchdruckerei F. J. Cors
1930

30:223

Referent: Geheimer Rat Univ.-Profeſſor Dr. Sehling

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINER BRAUT!

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung.

II. Die Stellung des Agenten und Mäklers nach außen und ihr Geſchäftskreis;
- a) nach deutſchem Recht,
- b) nach ſchweizeriſchem Recht.

III. Die allgemeine Stellung des Agenten und Mäklers zu den Parteien
- a) nach deutſchem Recht,
- b) nach ſchweizeriſchem Recht.

IV. Die beſondere Rechtsſtellung des Agenten und Mäklers zum Auftraggeber;
- I. von ihren Pflichten,
  - a) nach deutſchem Recht,
  - b) nach ſchweizeriſchem Recht;
- II. von ihren Rechten,
  - a) nach deutſchem Recht,
  - b) nach ſchweizeriſchem Recht.

V. Die rechtliche Konſtruktion der beiden Verträge,
- a) nach deutſchem Recht,
- b) nach ſchweizeriſchem Recht.

VI. Abſchluß und Beendigung des Agentur- und Mäklervertrages,
- a) nach deutſchem Recht,
- b) nach ſchweizeriſchem Recht.

I. Einleitung.

Die Stellung des Agenten und Mäklers im modernen Recht iſt ein Produkt der Entwickelung des Verkehrslebens und der auf dieſer fußenden Rechtsſprechung und Geſetzgebung. Der wirtſchaftliche Fortſchritt der letzten fünf Jahrzehnte forderte gebieteriſch eine fortſchreitende Arbeitsteilung und deshalb die Schaffung neuer und die weitere Ausgeſtaltung der beſtehenden Inſtitute, die zwiſchen Angebot und Nachfrage vermitteln.

Der Vermittlerberuf iſt nicht erſt von der Geſetzgebung geſchaffen worden, der Verkehr rief den Vermittler auf den Plan. Schon auf den primitivſten Wirtſchaftsſtufen muß auf Seiten der Händler und Kaufleute das Bedürfnis nach Vermittlern im Handelsverkehr auftreten, nach Perſonen, die durch Nachweis der Gelegenheit zum Abſchluß von Kauf- und Tauſchgeſchäften Angebot und Nachfrage ausgleichen helfen, als Einheimiſche dem fremden Kaufmann Führer und Dolmetſcher ſind und auch als Vertrauensperſonen beider Parteien — der Verkäufer wie Käufer — eine unparteiiſche Vermittlerrolle einnehmen.

Wir finden deshalb die Vorläufer der modernen Agenten und Mäkler und der übrigen ähnlich ausgeſtalteten Vermittlerberufe im Recht der afrikaniſchen Negervölker, bei den Urvölkern Nordamerikas, bei den Chineſen, Arabern, Ägyptern und im geſamten Orient.[1]) Die Griechen hatten ihre *proxenoi,* und die Römer hatten ebenfalls ein entwickeltes Maklerweſen. Das römiſche Recht[2]) kannte keine beſonderen Vorſchriften für die Makler. Die Anwendung des *mandatum* und der *locatio-conductio* wurde von der Jurisprudenz ausdrücklich abgelehnt. Dem Mäkler wird nur in der *extraordinaria cognitio* eine Klage auf Vergütung für ſeine Bemühungen gewährt.[3]) Die Rezeption des römiſchen Rechts in Deutſchland brachte deshalb auch dem deutſchen Recht keine ſcharf umriſſene Vertragsform für das Inſtitut der Mäkelei; der Agent iſt überhaupt ein noch ſehr junges Rechtsgebilde.

Erſt allmählich, nachdem die Mäkelei in einigen Staaten im 19. Jahrhundert zu einem Staatsmonopol geworden war, das nur durch amtlich beſtellte Vermittler ausgeübt werden konnte, erfuhr dieſe Art der Vermittlungstätigkeit eine beſondere geſetzliche

---

[1]) Ehrenberg S. 321—323 und die dort zur Geſchichte der Mäkelei cit. Literatur.

[2]) C 1—3 D So tit 14 de Proenctiers.

[3]) L. 2 D. 50, 14.

Regelung in den Partikularrechten, und da die Mäkelei nur auf dem Gebiete des Handels betrieben wurde, wurde das Mäklervertragsrecht zuerſt in den alten Handelsgeſetzbüchern feſtgelegt.[1]) Erſt ſpäter wurde das Monopol der *Handels*mäkelei aufgehoben und die bereits entwickelten Rechtsſätze auf die neben den amtlichen Handelsmäklern, wenn auch zum Teil unter behördlicher Mißbilligung, ſchon längſt im Verkehr tätigen „Privatmäkler" angewendet. Aber eine Spezialregelung wurde dennoch einſtweilen nicht für dieſe Privatmäkler getroffen. Es blieb deshalb bei der mangelnden geſetzlichen Regelung ungewiß, ob die Tätigkeit des Zivilmäklers[2]) nach den Grundſätzen des Auftrags, des Dienſtvertrags oder des Werkvertrags zu beurteilen ſei oder einen von dieſen zum Teil abweichenden Contractus sui generis zur Grundlage habe.

Dieſer Streit beſteht auch heute noch, trotz der im B. G. B. §§ 652 ff. getroffenen geſetzlichen Regelung des Zivilmäklervertrages. Das Inſtitut der Handelsmäkelei regelt das H. G. B. in den §§ 93—104, auf den Beſtimmungen des alten D. H. G. B. fußend. Auch das alte ſchweizeriſche Obligationsrecht[3]) hatte in Anlehnung an die Beſtimmungen des A. D. H. G. B. eine Regelung des Mäklervertragsrechts vorgenommen, und das am 1. 1. 1912 in Kraft getretene rev. O. R. vom 31. 1. 1911 hat dieſe Beſtimmungen in erweiterter Faſſung übernommen. Dieſe in den Art. 412 bis 418 O. R. getroffene Regelung ergibt ein von der des deutſchen Rechts in einigen Punkten abweichendes Bild, worauf bei Behandlung der einzelnen Punkte noch verwieſen wird.

Während der Mäkler eine dem Rechtsleben überall und von jeher bekannte Mittelsperſon iſt und auf Grund bereits früher getroffener Regelung in die deutſche und ſchweizeriſche Geſetzgebung übernommen worden iſt, iſt der Typus des Agenten im heutigen geſetzlichen Sinne noch ſehr jung und in ſeiner Entſtehung aufs engſte mit der raſchen Entwicklung des Handels und Verkehrs ſeit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts verbunden. Das Agentenweſen konnte vor allem infolge der Zunahme des Außenhandels und der Induſtrie ſeit den 70er Jahren zu einem geſetzlich anerkannten Rechtsinſtitut ausreifen.[4]) Noch der code de commerce

[1]) So im preuß. A. L. R. II 8 §§ 1305 bis 1388, Code de commerce Art. 74—90; Öſter. Geſetz vom 4. 4. 1875. A. D. H. G. B. Art. 66—84.

[2]) Dieſe Bezeichnung iſt ſeit Rieſenfeld in Gruch. Band 36 S. 792 geläufig geworden.

[3]) Das O. R. iſt äußerlich ein ſelbſtändiges Bundesgeſetz, tatſächlich jedoch ein Beſtandteil des ſchweiz. Ziv. G. B. Eine Angliederung an dieſes konnte im Augenblick der Publikation des Z. G. B. wegen der noch nicht beendigten Reviſion der im O. R. niedergelegten Beſtimmungen über die Handelsgeſellſchaften, Geſchäftsfirmen und Wertpapiere nicht erfolgen. In der Literatur wird das O. R. vielfach als Teil des Z. G. B. behandelt (z. B. von Oſer und von Gmür).

[4]) Ehrenberg S. 48.

ſtellt keine Spezialregelung für ihn auf, und bei Beratung des A. D. H. G. B. lehnte man noch eine geſetzliche Regelung der Rechtsverhältniſſe des Agenten ab, weil es ſich um einen vieldeutigen und deshalb zu juriſtiſcher Begriffsformulierung ungeeigneten Ausdruck handele.[1])

Und auch heute wendet man noch vielfach die Bezeichnung „Agent" auf alle in fremdem Intereſſe tätigen Perſonen — Mäkler, Kommiſſionäre, überhaupt jeden Vermittler, — an, während man die eigentlichen Agenten im geſetzlichen Sinne im praktiſchen Leben meiſt als „Handelsvertreter" bezeichnet.[2])

Vom Ende der 50er Jahre ab beginnen Verkehr und Rechtſprechung den unbeſtimmten Begriff des Agenten ſchärfer zu umgrenzen und in der Rechtſprechung der deutſchen Oberhandelsgerichte[3]) begegnen wir ſeitdem ſchon öfter dem heutigen Agenten im geſetzlichen Sinne mit dem typiſchen Merkmal der „ſtändigen Betrauung."

Die Definition des Reichsgerichts in Bd. 31 S. 59 ff, die dann ſpäter die Grundlage der Definition des H. G. B. geworden iſt, zeigt, daß der bisher verſchwommene Begriff des Agenten allmählich eine Klärung erfahren hatte, ſodaß ſich die Geſetzgebung der infolge der erheblichen Ausdehnung des Geſchäftsbetriebes der Agenten wünſchenswerten und von ihnen ſelbſt[4]) und anderen kaufmänniſchen Kreiſen[5]) eindringlich geforderten geſetzlichen Regelung nicht mehr entziehen konnte. Dieſe brachte dann das neue deutſche H. G. B. vom 10. 5. 1897 in ſeinem 7. Abſchnitt als erſtmalige Regelung des Agenturverhältniſſes. Der im deutſchen H. G. B. feſtgelegte Begriff iſt auch in anderen Ländern, die ihn aus demſelben Grunde, wie anfänglich das deutſche Geſetz, nicht normiert haben, maßgebend geworden. So haben ſich auch die ſchweizeriſche Rechtswiſſenſchaft[6]) und die Praxis des Bundesgerichts[7]) nach anfänglichem Sträuben gegenwärtig auch auf den Boden der geſetzlichen Regelung des D. H. G. B. geſtellt und die dort im § 84 aufgeſtellte Begriffsformulierung übernommen.

Agent und Mäkler werden ſomit in Deutſchland und in der Schweiz als zwei ſelbſtändige, in ſich geſchloſſene Rechtstypen behandelt, trotzdem ihre wirtſchaftliche Tätigkeit, die auf die Vermittlung und Vorbereitung von Geſchäftsabſchlüſſen gerichtet iſt,

[1]) Goldmann: Das H. G. B. § 84. Staub, Vorbem. zu § 84.
[2]) Staub § 84, Anm. 1.
[3]) R. O. H. G. Bd. 2 S. 303 und 436, 10 S. 359 und 21 S. 100.
[4]) Der Verein „Berliner Agenten" richtete ſchon im Jahre 1887 eine Petition betr. die geſetzliche Regelung ihrer Stellung.
[5]) ſ. Denkſchrift S. 67.
[6]) Blatter S. 9, Bollag S. 165, Fick Vorb. vor Art. 412, Suter S. 33.
[7]) B. G. E. 29 II 09; 40 II 392.

im wesentlichen gleichgeartet ist. Die Geschäftskreise dieser beiden Hilfspersonen des Verkehrs laufen auch derartig ineinander, daß im Wirtschaftsleben eine klare rechtliche Scheidung oft schwer zu treffen ist, zumal häufig auch beide Arten von Geschäften — Agentur und Mäkelei — von derselben Person in einem Nacheinander oder Nebeneinander wahrgenommen werden.

Wegen dieser wirtschaftlich und rechtlich nicht klaren Scheidung erscheint es vom Standpunkte der Rechtsvergleichung von Interesse zu untersuchen, inwiefern beide Rechtsinstitute im deutschen und im schweizerischen Recht Vergleichspunkte — Parallelen wie Unterschiede — aufweisen.

Dann aber erscheint auch die Untersuchung der Frage nicht uninteressant, ob und inwiefern in den Rechtssystemen Deutschlands und der Schweiz, die beide zum Teil auf dem A. D. H. G. B. fußen, jedes einzelne Rechtsinstitut eine unterschiedliche oder gleichartige Ausgestaltung erfahren hat.

Hiernach ergeben sich bei Behandlung des Themas „Agent und Mäkler nach deutschem und schweizerischem Recht" vier Vergleichspunkte:

I. Agent und Mäkler nach deutschem Recht.
II. Agent und Mäkler nach schweizerischem Recht.
III. Der Agent nach deutschem und schweizerischem Recht.
IV. Der Mäkler nach deutschem und schweizerischem Recht.

Der Agent hat im schweizerischen Recht keine gesetzliche Sonderregelung erfahren, Literatur und Gerichtspraxis lehnen sich vielmehr an die Bestimmungen des deutschen H. G. B. an. Es war somit unumgänglich notwendig, schon bei Behandlung der rechtlichen Ausgestaltung von „Agent und Mäkler nach schweizerischem Recht" Parallelen zu ziehen zwischen dem Begriff des Agenten nach H. G. B. und dem durch die schweizerische Rechtslehre und Gerichtspraxis in Anlehnung hieran gebildeten Begriffe des schweizerischen Agenten. Bei der über „Agent und Mäkler nach schweizerischem Recht" angestellten „Differenzial-Diagnose"[1]) drängt sich ein Vergleich mit der vorher in Einzelpunkten behandelten Stellung dieser beiden Mittelspersonen im deutschen Recht so sehr auf, daß es unpraktisch erschien, nach den oben erwähnten vier Gesichtspunkten die Arbeit zu gliedern. Wir haben deshalb äußerlich nur nach den beiden ersten Gesichtspunkten „Agent und Mäkler nach deutschem Recht" *(I)* und Agent und Mäkler nach schweizerischem Recht *(II)* disponiert, bei Betrachtung dieses zweiten Gesichtspunktes aber jeweils Parallelen zum deutschen Recht gezogen, sodaß auch eine vergleichende Be-

[1]) Ehrenberg S. 35.

trachtung des „Agenten nach deutſchem und ſchweizeriſchem Recht" und „des Mäklers nach deutſchem und ſchweizeriſchem Recht" nicht unterblieben iſt.

Wir haben immer wieder Nachdruck auf das Wort „Vergleichung" gelegt und damit zum Ausdruck bringen wollen, daß in der vorliegenden Abhandlung nur die typiſchen Vergleichspunkte zur Darſtellung gebracht werden ſollen und daß bei unſerer Betrachtung alles Atypiſche, Unweſentliche und mehr Zufällige[1]) ausſcheiden ſoll. Eine ausführliche Darſtellung der geſamten Rechtsverhältniſſe der Agenten und Mäkler im deutſchen wie im ſchweizeriſchen Recht würde über den Rahmen dieſer Arbeit hinausgehen. Zudem liegt für das deutſche Recht eine Reihe z. T. ausgezeichneter Spezial-Literatur vor.[2]) Hiſtoriſche Vergleiche ſind zahlreich angeſtellt,[3]) und eine mehr nationalökonomiſche, die wirtſchaftliche Stellung der Agenten und Mäkler und die Wechſelwirkungen von Recht und Wirtſchaft auf den Vermittlerberuf behandelnde Darſtellung liegt abſeits von der hier geplanten rein juriſtiſch-dogmatiſchen Darſtellung.

---

[1]) z. B. die gewerbepolizeilichen Beſtimmungen der G. O., das Börſenrecht, Verſicherungsrecht und die Beſtimmungen über die Ehemäkelei.

[2]) z. B. in neueſter Auflage Ehrenberg und Jacuſiel.

[3]) S. die von Ehrenberg S. 1, 320, 358 angezogene Literatur.

II. Die Stellung des Agenten und Mäklers nach außen und ihr Geſchäftskreis

a. nach deutſchem Recht.

Bei Vergleichen fällt Äußerliches immer zuerſt ins Auge. Für das deutſche Recht ergeben ſich Gleichheiten und Ungleichheiten in der äußeren Stellung der Agenten und Mäkler im Weſentlichen aus der in den deutſchen Geſetzen für ſie getroffenen Regelung. Für das Recht der Agenten ſind im neuen deutſchen H. G. B. in den §§ 84 bis 92, für das Recht der Mäkler im B. G. B. in den §§ 652 bis 656 und in den §§ 93 bis 104 des H. G. B. einzelne Rechtsſätze aufgeſtellt. Die Beſtimmungen des B. G. B. gelten für ſämtliche Mäklerverträge, alſo auch für die Handelsmäklerverträge, aber nur ſubſidiär. Die Beſtimmungen des H. G. B. finden nur Anwendung auf die Geſchäfte der Handelsmäkler. Die Handelsmäkler ſind nur eine vom Geſetz wegen ihrer Bedeutung für den Handelsverkehr und wegen der dadurch bedingten Sonderſtellung beſonders berückſichtigte Unterart der Mäkler. Da das H. G. B. nur einige wenige Vorſchriften materiell-rechtlichen Charakters gibt und ihre Stellung nicht erſchöpfend regelt, finden auf ſie die Vorſchriften des B. G. B. Anwendung, ſoweit nicht eben die Sonderregelung des H. G. B. Platz greift und ſoweit nicht mit Rückſicht auf die beſondere wirtſchaftliche Stellung der Handelsmäkler die Anwendung der Vorſchriften des B. G. B. ausgeſchloſſen erſcheint.[1])[2])

Bei Gegenüberſtellung der für den Civil-Mäkler im § 652 B. G. B. aufgeſtellten Definition und der des Handelsmäklers im § 93 H. G. B. treten folgende begrifflichen Unterſchiede zwiſchen Civil- und Handelsmäkler zu Tage:

1.) Der Handelsmäkler übernimmt Mäkleraufträge *gewerbsmäßig* d. h. in der Abſicht dauernder Gewinnerzielung, während der Civilmäkler begrifflich nicht gewerbsmäßig tätig zu werden braucht, ſondern auch aus Gefälligkeit und nur gelegentlich tätig werden kann.

2.) Nur die *Vermittlung* von Verträgen, nicht auch ein minus, nämlich der bloße Nachweis der Gelegenheit zum Abſchluß von Verträgen, macht zum Handelsmäkler. Ein Mäkler, der nur nachweiſt, ſeinen Auftraggeber nur auf die Möglichkeit zum Abſchluß des beabſichtigten Vertrages aufmerkſam macht und alles übrige dem

[1]) Jacuſiel II S. 13; Staub § 93 Einl. Abſ. 2; R. G. Bd. 101 S. 209.

[2]) Im folgenden iſt deshalb, wenn ſich keine Unterſchiede in der Stellung des Zivil- und Handelsmäklers ergaben, einfach die Bezeichnung „Mäkler" angewendet worden.

Auftraggeber überläßt, ist immer nur Civilmäkler. Vom Handelsmäkler wird mehr verlangt, er muß Interessengegensätze auszugleichen und die zukünftigen Vertragsparteien — seinen Auftraggeber und den Drittcontrahenten — einander näher zu bringen suchen.

3.) Die *Geschäfte,* welche der Handelsmäkler vermittelt, müssen Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs sein. Das Gesetz führt eine Reihe von Gegenständen des Handelsverkehr an, ohne damit eine vollzählige Aufstellung geben zu wollen. Infolge der Bestimmung, daß der Handelsmäkler nur über Gegenstände des Handelsverkehrs vermitteln kann, macht die im Interesse anderer vorgenommene Beschäftigung mit der Veräußerung, Belastung, Vermietung von Grundstücken, der Vermittlung von Hypotheken, ferner das Befassen mit der Gründung von Gesellschaften und dem Verkauf von Geschäften, der Vermittlung von Anstellungsverträgen, der Ehevermittlung zum Civilmäkler, weil keines dieser Geschäfte einen regelmäßigen Gegenstand des Handelsverkehrs bildet.

Weitere Unterschiede bestehen zwischen Handels- und Civilmäkler nicht. Vor allem ergibt sich[1]) nicht aus den §§ 98, 99 H. G. B. und 652, 654 B. G. B. ein Unterschied in ihrer allgemeinen Stellung zu den Parteien. Nicht nur der Handelsmäkler, sondern auch der Civilmäkler nimmt eine objektive Stellung zu den Parteien ein und tritt zu beiden Parteien in ein Vertragsverhältnis.[2]) Das Gegenteil läßt sich insbesondere aus § 654 nicht schließen.

Die Unterscheidung zwischen Handels- und Civilmäkler deckt sich übrigens nicht mit derjenigen zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann. Zwar ist nach § 1 Nr. 7 H. G. B. nur der Handelsmäkler Kaufmann kraft Gewerbes („Mußkaufmann"), aber auch der Civilmäkler kann nach § 2 H. G. B. Kaufmann sein („Kannkaufmann"), wenn sein Unternehmen nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und seine Firma ins Handelsregister eingetragen ist. Civilmäklergeschäfte können auch unter gewissen Gesellschaftsformen[3]), die ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens Kaufmannseigenschaft haben, betrieben werden. Der Civilmäkler, der Kaufmannseigenschaft erwirbt, wird dadurch jedoch nicht zum Handelsmäkler, wenn er sich nicht auch gleichzeitig gewerbsmäßig mit der Vermittlung von *Geschäften des Handelsverkehrs* befaßt.

Der vom Gesetz mit Bezug auf den Mäkler vorgenommenen Zweiteilung in Handels- und Civilmäkler entspricht nicht eine eben solche Zweiteilung mit Bezug auf den Agenten. Das Gesetz kennt nur den Handelsagenten, d. i. nach § 84 H. G. B.:

[1]) So wie Staub Vorbem. vor § 93 H. G. B. annimmt.
[2]) s. unten III a) und Albrecht-Tentler S. 17.
[3]) A. G.; K. G. a. G., G. m. b. H.

„Wer ohne als Handlungsgehülfe angeſtellt zu ſein, ſtändig damit betraut iſt, für das Handelsgewerbe eines anderen Geſchäfte zu vermitteln oder abzuſchließen."

Dieſe zum Teil negative Begriffsformulierung würde poſitiv gefaßt lauten:

Handlungsagent iſt der ſelbſtändige Kaufmann, der ſtändig damit betraut iſt, für das Handelsgewerbe eines anderen Geſchäfte lediglich zu vermitteln oder zu vermitteln und im Namen des anderen abzuſchließen.[1])

Aus dieſer geſetzlichen Begriffsbeſtimmung laſſen ſich in Verbindung mit § 1 H. G. B. durch Gegenüberſtellung mit der in § 93 H. G. B. für den Handelsmäkler aufgeſtellten Begriffsbeſtimmung die weſentlichen Vergleichspunkte in der äußeren Stellung und dem Geſchäftskreis der Handlungsagenten und Handelsmäkler erkennen:

1.) Handlungsagent und Handelsmäkler ſind Kaufleute kraft Gewerbebetriebes. Ihre Kaufmannseigenſchaft ergibt ſich aus § 1 Ziffer 7 H. G. B. Der Civilmäkler iſt nicht ohne weiteres Kaufmann.[2])

2.) Beide ſind Gewerbetreibende, d. h. Perſonen mit dauernder, auf Gewinnerzielung gerichteter Tätigkeit, die nicht der Urproduktion oder den freien Berufen angehört.[3])

Die Civilmäkler ſind regelmäßig keine Gewerbetreibenden, da ſie meiſtens nur gelegentlich und ohne Dauerabſicht Mäklerdienſte leiſten, oft auch ohne Entgelt nur aus Gefälligkeit tätig werden.

Für die Handelsmäkler iſt in § 93 ausdrücklich beſtimmt, daß ſie Gewerbetreibende ſind. In der Begriffsbeſtimmung der Handlungsagenten iſt dieſes Begriffsmerkmal nicht ausdrücklich enthalten, kommt jedoch in der vom Geſetz angeführten Ständigkeit der Betrauung in Verbindung mit der nach § 88 Abſ. 1 H. G. B. vermuteten und auch aus der Kaufmannseigenſchaft zu folgernden Entgeltlichkeit der Dienſte des Handlungsagenten zum Ausdruck; denn eine ſtändige, d. h. eine auf gewiſſe Dauer angelegte und auf Erwerb gerichtete Tätigkeit iſt ein Gewerbe.[4])

3.) Handelsagent und Handelsmäkler ſind *ſelbſtändige* Gewerbetreibende. Sie ſtehen in keinem Unterordnungsverhältnis zum Geſchäftsherrn. Allgemein folgt ihre Selbſtändigkeit aus ihrer Kaufmannseigenſchaft, für den Handlungsagenten außerdem noch beſonders aus dem negativen Begriffsmerkmal des § 84 H. G. B. „ohne als

[1]) Staub, Vorbem. zu § 84 Anm. 4.
[2]) ſ. Vorſeite.
[3]) Ehrenberg S. 366, Jacuſiel I, S. 23 ff.
[4]) R. G. Bd. 38 S. 20, Staub § 1 Anm. 6a.

Handlungsgehilfe angeſtellt zu ſein".[1]) Danach iſt der Agent nicht wie der Handlungsgehilfe angeſtellt, iſt nicht perſönlich abhängig, iſt nicht Untergebener mit ſtrenger Gehorſamspflicht, ſondern iſt ſelbſtändig: er kann über ſeine Zeit und ſeine Arbeitskraft frei verfügen. Er iſt ſelbſtändig „für" das Handelsgewerbe eines anderen tätig, nicht „im" Geſchäftsbetrieb eines anderen, wie der Handlungsgehülfe (§ 59 H. G. B.).

Die Selbſtändigkeit des Handelsmäklers folgt außer aus deſſen Kaufmannseigenſchaft noch aus der weiteren Erwägung, daß, wenn ſchon der Handlungsagent trotz des immerhin ſtark an den Handlungsgehilfen erinnernden dauernden Betrautſeins ſelbſtändiger Gewerbetreibender iſt, dieſe Eigenſchaft doch ſicher dem Handelsmäkler zukommt, der nicht ſtändig mit Vermittlung von Verträgen betraut iſt, ſondern nur von Fall zu Fall, bald für dieſen, bald für jenen tätig wird. Die Selbſtändigkeit des Mäklers übertrifft ſogar noch die des Agenten, für den ſie im Geſetz ausdrücklich normiert iſt; denn für den Agenten wird die dauernde Bindung an einen Auftraggeber,[2]) ſelbſt wenn er gleichzeitig für mehrere tätig iſt, immerhin eine, wenn auch nicht perſönliche, ſo doch wirtſchaftliche Abhängigkeit mit ſich bringen.

4.) Haben wir bisher die Punkte hervorgehoben, in denen die rechtlichen Begriffe des Handlungsagenten und Handelsmäklers übereinſtimmen, ſo kommen wir nunmehr zu einigen Punkten, in denen ſie ſich unterſcheiden.

Ein Unterſcheidungsmerkmal iſt bereits im vorigen Abſchnitt erwähnt: Der Agent iſt ſtändig mit der Wahrnehmung der Intereſſen des Auftraggebers betraut, der Mäkler wird nur von Fall zu Fall tätig, iſt Augenblicksvermittler.[3]) Zur Entſcheidung der Frage, was unter ſtändiger Betrauung zu verſtehen iſt, trägt die übliche[4]) Erklärung, es komme auf die tatſächliche Dauer des Agenturverhältniſſes nicht an, wenn das Vertragsverhältnis nur als dauerndes gewollt ſei, wenig bei. Auch die Vermittlung eines einzigen ſchwierigen Geſchäfts kann längere Zeit in Anſpruch nehmen, alſo Dauercharakter haben, ohne daß der Vertrag, in deſſen Rahmen die Vermittlungstätigkeit fällt, damit zu einem Agenturvertrag würde. Die Dauerabſicht allein genügt alſo nicht zur Kennzeichnung des Agenturverhältniſſes, es muß ſich vielmehr der Wille zu dauernder Vermittlung auf eine Vielheit von Geſchäften, wie ſie im Handelsbetriebe regelmäßig aufeinander folgen, beziehen.[5])

---

[1]) Staub, § 84 Anm. 5 Albrecht-Tentler S. 5.

[2]) Die Bezeichnung „Auftraggeber" iſt in der vorliegenden Arbeit *nicht* in der *techniſchen* Bedeutung des B. G. B., ſondern in einem weiteren Sinne als Synonym für „Geſchäftsherrn" gebraucht. [3]) Crome a. a. O. S. 396—414.

[4]) z. B. Staub, § 93 Anm. 14. [5]) Ehrenberg S. 15.

Der Grundsatz, daß der Mäkler im Gegensatz zum Agenten von Fall zu Fall vermittelt, schließt nicht aus, daß er von demselben Auftraggeber einen mehrere Einzelgeschäfte umfassenden Vermittlungsauftrag erhält, ohne durch die Annahme eines solchen generellen Mäklerauftrags seine Mäklereigenschaft zu verlieren. Es darf sich hierbei nur nicht um einen einheitlichen Auftrag mit vertragsmäßiger Dauerbindung handeln, bei dem weniger die Vermittelung des einzelnen Geschäfts, als vielmehr die dauernde Interessenvertretung das Wesentliche ist, sonst wird dieser „Mäkler" zum Agenten mit dem Merkmal der ständigen Betrauung.[1])

5.) Wegen des begrifflichen Erfordernisses der Ständigkeit der Beziehungen des Agenten zum Geschäftsherrn ist der sogenannte Gelegenheitsagent kein Handlungsagent, überhaupt kein Agent. Der Begriff des Gelegenheitsagenten ist nicht vom Gesetzgeber formuliert, vielmehr von der Rechtslehre geprägt. Diese pflegt damit denjenigen Vermittler zu bezeichnen, der seine Dienste allgemein dem Publikum zur Verfügung stellt und dann gelegentlich, möglicherweise sogar häufig, aber ohne *ständige* Vertragsbeziehungen zu einem Geschäftsherrn, bald für diesen, bald für jenen tätig wird. Diese Begriffsformulierung stimmt jedoch mit der allgemeinen Definition des Mäklers überein; deshalb ist der Gelegenheitsagent, wenn er Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt, Handelsmäkler, sonst Civilmäkler.[2]) Deren Vertragsrecht ist also auf den Gelegenheitsagenten zur Anwendung zu bringen, doch können im Einzelfalle auch die Vorschriften über den Agenturvertrag herangezogen werden, wenn in diesem Falle der Gelegenheitsagent dem Handlungsagenten besonders nahe steht. Eine Ausnahme müssen die Agentenvorschriften machen, die auf der Dauernatur des Agenturvertrages beruhen.[3])

6.) Außer im Punkte der zeitlichen Bindung an ihren Auftraggeber unterscheiden sich Handlungsagent und Handelsmäkler auch hinsichtlich der Personen, für die sie tätig sind, beziehungsweise tätig werden müssen, um unter die Kategorie der Handlungsagenten bezw. Handelsmäkler gerechnet werden zu können. Für den Handlungsagenten hat das Gesetz in dieser Beziehung das Erfordernis aufgestellt, daß er für das *Handelsgewerbe* eines anderen, also für einen Kaufmann tätig wird. Wer von einem Nichtkaufmann ständig mit der Vermittlung oder dem Abschluß von Geschäften betraut ist, ist nicht Handlungsagent, sondern Civilagent; jedoch finden die Vorschriften des H. G. B. für die Handlungsagenten sinngemäß auf die Civilagenten Anwendung.[4])

[1]) Ehrenberg S. 366. [2]) Immerwahr S. 4. Staub § 84 Anm. 7; R. G. J. W. 1922 S. 487.
[3]) Jacusiel I. S. 17, II. S. 29. Staub § 84 Anm. 7, Albrecht-Tentler S. 16.
[4]) Staub § 84 Anm. 9.

Den Handelsmäkler trifft eine Beſchränkung hinſichtlich des Kreiſes ſeiner Auftraggeber nicht; denn er übernimmt begrifflich die Vermittlung von Verträgen für andere Perſonen ſchlechthin, alſo für jedermann, gleichgültig ob Kaufmann oder Nichtkaufmann. Für den Civilmäkler gilt dasſelbe.

7.) Ein weiterer äußerlicher Unterſchied zwiſchen Handlungsagent und Handelsmäkler beſteht darin, daß der Handlungsagent, weil er für das Handelsgewerbe eines anderen tätig iſt, alle Geſchäfte vermitteln kann, die zum Betriebe dieſes von ihm vertretenen Handelsgewerbes gehören (§ 343 H. G. B.). Der Handelsmäkler vermittelt dagegen Geſchäfte über Gegenſtände des Handelsverkehrs.[1])[2]) In der Beſtimmung, daß Objekt des H.-Mäklervertrages nur Gegenſtände des Handelsverkehrs ſein können, liegt eine gewiſſe Einſchränkung des Tätigkeitsbereichs des Handelsmäklers, denn der Begriff „Gegenſtände des Handelsverkehrs" iſt enger als der der „Handelsgeſchäfte" im Sinne des § 343 H. G. B. Nicht alle Handelsgeſchäfte ſind gleichzeitig Gegenſtände des Handelsverkehrs. So können z. B. die Veräußerung, Belaſtung, Vermietung von Grundſtücken ſehr wohl Handelsgeſchäfte im Sinne vom § 343 H. G. B. ſein, ſie ſind jedoch keine regelmäßigen Gegenſtände des Handelsverkehrs (ſ. S. 13), und die Vermittlung ſolcher Verträge kann nicht unter die Tätigkeit eines Handelsmäklers fallen, wohl aber unter die eines Agenten, der ſtändig für das Handelsgewerbe eines anderen z. B. für eine Hypothekenbank ſolche Verträge vermittelt. Dieſe Beſchränkung im Tätigkeitsgebiet des Handelsmäklers wird durch die unter Ziffer 6 erwähnte Erweiterung, die darin beſteht, daß der Handelsmäkler ſchlechthin für andere, alſo nicht bloß für Kaufleute tätig wird, wieder ausgeglichen.

8.) Nicht nur durch die Geſamtheit der der Tätigkeit des Agenten unterliegenden Gegenſtände, ſondern auch durch die Art der Tätigkeit, geht der Umfang des Geſchäftskreiſes des Handlungsagenten über den des Handelsmäklers hinaus. Der Handlungsagent kann und muß begrifflich vermitteln oder vermitteln und gleichzeitig auch die vermittelten Geſchäfte für ſeinen Auftraggeber abſchließen. Der Handelsmäkler dagegen kann nach § 93 H. G. B. Verträge nur vermitteln. Dasſelbe und noch weniger erfordert der Begriff des Civilmäklers; Civilmäkler iſt nach § 652 B. G. B. ſchon, wer die Gelegenheit zum Vertragsſchluß nur nachweiſt. Der bloße Nachweis bedeutet die Namhaftmachung eines Gegenkontrahenten, der zum Vertragsſchluß geneigt ſein könnte, oder die Bezeichnung eines geeigneten Vertragsobjekts; während unter Vermitteln das

[1]) Den Begriff von „Gegenſtände des Handelsverkehrs" ſ. S. 13.

[2]) S. § 93 Abſ. I und II H. G. B.

Verhandeln mit beiden Parteien, die Ausgleichung der Intereſſengegenſätze, das Werben um den Abſchluß zu verſtehen iſt.

Das Vermitteln ſchließt meiſt den Nachweis in ſich; eine Ausnahme bilden die Fälle, wo der Geſchäftsherr ſelbſt ſchon die Vertragsmöglichkeit erkannt hat und dem Mäkler nur noch die Bemühungen um den Abſchluß übrig bleiben.[1])

Die Aufgabe des Handlungsagenten kann der des Handelsmäklers entſprechen, wenn der Agent nur mit der Vermittelung von Geſchäften betraut iſt. Seine Aufgabe geht aber über den Umfang der Mäkleraufgabe hinaus, wenn er gleichzeitig die für ſeinen Geſchäftsherrn vermittelten Verträge für dieſen abſchließen darf. Wann der Agent nur vermitteln ſoll und wann er darüber hinaus auch abſchließen darf, muß der Einzelfall entſcheiden. Eine geſetzliche Vermutung dafür, daß der Agent auch zum Abſchluß berechtigt ſein ſoll, beſteht nicht.[2]) Nennt der Vertrag zwiſchen Auftraggeber und Beauftragten dieſen „Vertreter", ſo deutet dieſes keinesfalls mit Sicherheit darauf hin, daß es ſich um einen zum Abſchluß bevollmächtigten Agenten handelt; die Bezeichnung „Vertreter" iſt zu farblos und in der Sprache des Kaufmanns von feſten Begriffsvorſtellungen nicht begleitet und läßt deshalb auch nicht auf eine Abſchlußvollmacht mit Sicherheit ſchließen. Außerdem wird gerade „Vertreter" und „Handelsvertreter" für den Agenten ſchlechthin gebraucht, ſodaß geradeſogut der Agent, der nur vermitteln ſoll, darunter verſtanden werden kann. Aus dieſem Grunde muß in jedem einzelnen Falle die rechtliche Eigenſchaft der mit „Vertreter" bezeichneten Mittelsperſon auf Grund der zwiſchen den Parteien getroffenen Vereinbarungen genau unterſucht werden, ehe man aus der bloßen Bezeichnung „Vertreter" auf eine Abſchlußvollmacht ſchließen darf. Dabei iſt zu berückſichtigen, daß der moderne Verkehr viele Miſchtypen aufweiſt, daß ſowohl Agentur-, Mäkler- und Kommiſſionsgeſchäfte von denſelben Mittelsperſonen in einem Nacheinander oder Nebeneinander ausgeführt werden.[3]) Die Erteilung der Abſchlußvollmacht iſt an keine Form gebunden, ſie kann daher auch ſtillſchweigend erfolgen.

Die Zahl der Agenten, die Abſchlußvollmacht haben, dürfte jedoch geringer ſein, als die Zahl der Vermittlungsagenten, weil der Geſchäftsherr mit der Beſchäftigung von Vermittlungsagenten, deren vorgeſchlagene Verträge noch immer dem Abſchluß des Geſchäftsherrn unterliegen, ein geringeres Riſiko übernimmt. Ab-

[1]) Oertmann § 652 B. G. B. Anm. Ia.
[2]) R. G. J. W. 1900 S. 804; Frankfurt in R. O. L. G. 1903 S. 296. Staub Anh. zu § 85 Anm. 2.
[3]) Staub § 84, Anm. 8.

ſchlußagenten kommen wegen der weiten Entfernung ihrer Tätigkeitsgebiete vom Sitze des Geſchäftsherrn und wegen der mit dem Abſchluß der vermittelten Verträge durch den Geſchäftsherrn verbundenen Verzögerung häufig in überſeeiſchen Ländern vor. Dort vertreten ſie häufig eine Reihe von europäiſchen Firmen, und ihr Geſchäftsbetrieb iſt dann oft größer als derjenige von mancher der von ihnen vertretenen Firmen.

Der Umfang der dem Handlungsagenten erteilten Abſchlußvollmacht iſt auf diejenigen Rechtshandlungen beſchränkt, die mit dem Geſchäftsabſchluß unmittelbar zuſammenhängen. Der zum Vertragsabſchluß berechtigte Warenagent wird demgemäß über die Feſtſetzung des Preiſes, den Zahlungsmodus, die Beſtimmung der zu liefernden Ware nach Menge und Qualität und über die Lieferfriſten rechtswirkſam Abmachungen mit dem Gegenkontrahenten treffen können. Zur Entgegennahme des Preiſes (Inkaſſo), zur Geltendmachung und Billigung von Mängelrügen, zu Wandlungs- und Minderungserklärungen[1]) iſt der Agent auch auf Grund ſeiner Abſchlußvollmacht regelmäßig nicht befugt (§ 86 H. G. B.), weil dieſe Rechtshandlungen mit dem Abſchluß ſelbſt nicht mehr unmittelbar zuſammenhängen.

Im Gegenſatz zu der vorerwähnten Regelung der Befugniſſe des Agenten erhält der Mäkler als ſolcher niemals durch einen Mäklerauftrag die Vollmacht, für ſeinen Auftraggeber Geſchäfte abzuſchließen.[1a]) Schließt der Mäkler ein für ſeinen Geſchäftsherrn vermitteltes Geſchäft in deſſen Namen ab, dann wird dieſer nur verpflichtet, wenn er das Geſchäft genehmigt. Will er nicht genehmigen, dann braucht er die Ablehnung dem Dritten nicht zu erklären. Dieſe für den Handlungsagenten gegebene Vorſchrift des § 85 H. G. B. iſt auf den Handelsmäkler und erſt recht auf den Civilmäkler nicht anwendbar.[2])

Aber auch der Mäkler kann natürlich von ſeinem Geſchäftsherrn bevollmächtigt ſein, das vermittelte Geſchäft für ſeinen Auftraggeber abzuſchließen; nur liegt dann dieſer Bevollmächtigungsvertrag außerhalb des Mäklervertrages[3]) und ſchließt ſich als zweiter Vertrag an den Mäklervertrag an.[4]) Die auf Grund dieſer beſonderen Abſchlußvollmacht entwickelte Tätigkeit fällt nicht mehr unter die Normen des Mäklervertrages.[5])

---

[1]) Wohl zur bloßen Entgegennahme ſolcher Erklärungen § 88 H. G. B.
[1a]) R. G. Bd. 104 S. 366.
[2]) R. G. R. K. § 652 Anm. 1. Hamburg O. L. G. R. 34 S. 335.
[3]) Staudinger § 652 Anm. 9.
[4]) O. L. G. R. Bd. 13 S. 393 Bd. 34 S. 335.
[5]) R. G. Bd. 104 S. 366; a. M. Jucuſiel II S. 27.

b) nach ſchweizeriſchem Recht.

Bei Vergleichung der äußeren Rechtsſtellung der Agenten und Mäkler im ſchweizeriſchen Recht iſt nicht nur vom Geſetz auszugehen; denn im Gegenſatz zum deutſchen Recht und zum Recht des ſchweizeriſchen Mäklers hat das Recht der Agenten in der Schweiz — auffälligerweiſe und nur durch die Neuheit dieſes Rechtstypus erklärlich — keine geſetzliche Regelung gefunden. Eine Begriffsformulierung hat aber die ſchweizeriſche Judikatur[1]) in Anlehnung an die Begriffsbeſtimmung des deutſchen H. G. B. vorgenommen, nachdem auch ſie erſt wie die deutſche Rechtſprechung den Begriff des Agenten wegen der ihm abgehenden feſten Bedeutung abgelehnt hat.[2]) Nach der Begriffsbeſtimmung der ſchweizeriſchen Gerichtspraxis und Rechtslehre iſt Handlungsagent, wer ohne Handlungsgehülfe zu ſein, ſtändig gegen Entgeld damit betraut iſt, für das Handelsgewerbe eines anderen Geſchäfte zu vermitteln oder darüber hinaus auch im Namen des anderen abzuſchließen.[3])

Dieſe Begriffsbeſtimmung iſt mit der des deutſchen Rechts völlig übereinſtimmend, jedoch geht es ſelbſtverſtändlich nicht an, die den Handlungsagenten betreffenden Vorſchriften des H. G. B. einfach zu übernehmen[4]); denn die allgemeinen Vertragsgrundſätze des O. R. weichen in einigen Punkten von denen des deutſchen Rechts ab. Es ſind deshalb außer den Beſtimmungen des H. G. B. auch die Vorſchriften über den Auftrag des O. R., deſſen Unterart der Agenturvertrag nach Art. 394 Abſ. 2 O. R. iſt, bei Beurteilung der Rechtsſtellung des ſchweizeriſchen Agenten zu berückſichtigen.

Wie ſchon erwähnt, hat das Recht der Mäkler im Gegenſatz zum Recht der Agenten auch in der Schweiz ſeine geſetzliche Regelung gefunden; auch dieſe lehnt ſich eng an die in den deutſchen Geſetzen aufgeſtellten Regeln, insbeſondere an die des D. B. G. B. an, enthält jedoch einige — vielleicht ungewollte — unterſchiedliche Beſtimmungen. Das ſchweizeriſche O. R. bringt die Beſtimmungen über den Mäklervertrag in den Art. 412 bis 418 des Bundesgeſetzes vom 30. März 1911. Außerdem ſind auch die Auftragsbeſtimmungen und die Vorſchriften des allgemeinen Teils des O. R. zur Auslegung heranzuziehen.[5])

Der Abſchnitt des O. R. über den Mäklervertrag regelt alle Arten des Mäklervertrages, insbeſondere werden Unterſcheidungen

[1]) Bl. Zür. Bd. 4 Nr. 74.
[2]) E. B. G. Bd. 19 Nr. 138 E. 8.
[3]) Bollag a. a. O. S. 165, Suter S. 33, Blatter S. 9, Fick Vorbem. 29 vor Art. 412; E. BG. 29 II 109; 40 II 392.
[4]) Bollag S. 165.
[5]) Ofer Vorbem. 4 vor Art. 412 OR.

zwiſchen gewerbsmäßiger und nur gelegentlicher Vermittelung und zwiſchen der Art der Geſchäfte, die Gegenſtand des Mäklervertrages bilden ſollen, nicht gemacht.[1]) Danach verändert die Tatſache, daß der Mäkler nur gelegentlich oder nur aus Gefälligkeit tätig wird und Geſchäfte über Immobilien vermittelt, den Charakter eines Mäklervertrages nicht, ſtempelt ihn vor allem nicht wie im deutſchen Recht zu einem vom Handelsmäklervertrage verſchiedenen Civilmäklervertrag. Hieraus und aus der weiteren Tatſache, daß die Schweiz kein beſonderes Recht für Kaufleute aufgeſtellt hat, ergibt ſich, daß das ſchweizeriſche Recht zwiſchen Civil- und Handelsmäkler nicht unterſcheidet. Eine beſondere Behandlung hat wie im deutſchen Recht nur die Heiratsvermittlung erfahren. Außerdem iſt in Art. 418 O. R. bezüglich einzelner Arten der Geſchäftsvermittlung — für die Börſenmäkler, Senſale, deren Tätigkeit im weſentlichen der des Handelsmäklers des deutſchen Rechts entſpricht, und für die Stellenvermittler — ein Vorbehalt zugunſten der Kantonalgeſetzgebung gemacht und damit auch die Fortgeltung hierüber bereits beſtehender Kantonalgeſetze beſtimmt. Solche Kantonalgeſetze, die indeſſen nur wenige zivilrechtliche Vorſchriften enthalten, vielmehr die gewerblichen, öffentlichrechtlichen Verhältniſſe dieſer „Handelsmäkler" regeln, ſind erlaſſen für Genf (Loi Du 20. dezembre 1856 pour L' établiſſement d'une bourſe de commerce à Genève), für Zürich (Geſetz betreffend den gewerbmäßigen Verkehr mit Wertpapieren vom 31. 5. 1896) und für Baſel (Geſetz betr. die Effektenbörſe und den Verkehr mit Wertpapieren vom 8. 4. 1897).

1.) Nach der in Art. 412 Abſ. 1 O. R. getroffenen Beſtimmung iſt Mäkler:

> „Wer den Auftrag erhält, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abſchluß eines Vertrages nachzuweiſen oder den Abſchluß des Vertrages zu vermitteln."

Aus dieſer geſetzlichen Definition des Mäklers im ſchweizeriſchen Recht und der aus dem deutſchen Recht abgeleiteten Definition des Agenten geht die Kaufmannsnatur, die im deutſchen Recht für Handlungsagenten und Handelsmäkler ohne weiteres beſteht, nicht hervor. Das O. R. kennt auch nicht eine ähnliche Beſtimmung, wie die des § 1 Abſ. 2 H. G. B., nach der der Betrieb von Handelsgrundgeſchäften, zu denen auch die Handelsagentur und die Handelsmäkelei gehören, ohne weitere Vorausſetzungen zum Kaufmann ſtempelt. Die Agenten und Mäkler des ſchweizeriſchen Rechts *müſſen nicht* Kaufleute ſein wie die Handlungsagenten und Handelsmäkler des deutſchen Rechts, ſie *können aber* Kaufleute ſein. Das ſchweizeriſche Recht macht jedoch nicht — wie das deutſche Recht

[1]) Oſer Vorbem. 3 vor Art. 412 OR.

bei den Civilmäklern und den Kannkaufleuten allgemein — die Kaufmannseigenſchaft von einer Eintragung in das Handelsregiſter abhängig; denn Kaufmann iſt nach Art. 865 Abſ. 4 O. R., das wohl den Kaufmannsbegriff kennt:

Wer ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmänniſcher Art geführtes Gewerbe betreibt.

Als ſolches iſt aufzufaſſen:[1])

„Die gewerbsmäßige Vermittlung von Kauf und Verkauf irgendwelcher Art mit dem Zweck, durch denſelben einen Gewinn (Proviſion, Courtage, Kommiſſion) zu erlangen unter Haltung eines ſtändigen Büros (Agenten, Mäkler, Courtiers, Kommiſſionäre"). Alſo nicht der Betrieb eines Handelsgrundgeſchäfts, nicht die Eintragung ins Handelsregiſter, ſondern die einem größeren Umfang des Betriebes entſprechende Haltung eines ſtändigen Büros gibt den Agenten und Mäklern nach ſchweizeriſchem Recht Kaufmannseigenſchaft. Sie können dann allerdings auch, wenn ſie nach Art. 865 Abſ. 4 O. R. Kaufleute geworden ſind, zur Bewirkung der Eintragung ins Handelsregiſter mit Zwangsmitteln angehalten werden.

2.) Wie in Deutſchland, ſo nehmen auch im Wirtſchaftsleben der Schweiz Agenten und Mäkler eine ſelbſtändige Stellung ein. Ihre Selbſtändigkeit läßt ſich jedoch nicht wie im deutſchen Recht für Handlungsagenten und Handelsmäkler allgemein aus ihrer Kaufmannseigenſchaft ableiten; denn dieſe kommt ihnen, wenn auch zwar regelmäßig, jedoch nicht grundſätzlich zu, ſondern iſt abhängig von der Vorausſetzung der Haltung eines ſtändigen Büros. Für den Agenten ergibt ſich aber die Selbſtändigkeit ſeiner Stellung wie im deutſchen Recht aus der negativen Begriffsbeſtimmung „ohne als Handlungsgehülfe angeſtellt zu ſein", die poſitiv gefaßt lauten würde, daß als Handlungsagent zu bezeichnen iſt, wer ſtändig mit der Vermittlung oder dem Abſchluß von Geſchäften im Namen und für Rechnung des Geſchäftsherrn betraut iſt und dieſe Tätigkeit als ſelbſtändiges Gewerbe ausübt. Danach iſt der Agent nicht unſelbſtändig wie der Handlungsgehülfe; er ſteht in keinem Unterordnungs- und Reſpektsverhältnis zum Geſchäftsherrn, ſondern iſt ihm coordiniert und wie er ſelbſtändiger Gewerbetreibender. Bezüglich der Einſchränkung ſeiner prinzipiellen Selbſtändigkeit gilt für das ſchweizeriſche Recht dasſelbe wie für das deutſche Recht: Die Ständigkeit d. h. die längere Dauer ſeiner Beziehungen zum Geſchäftsherrn bringt ihn in ein gewiſſes, wenn auch nicht vertragliches und perſönliches, jedoch tatſächliches und wirtſchaftliches Abhängigkeitsverhältnis zu ſeinem Geſchäftsherrn. Er wird, weil er

[1]) V. O. über das Handelsregiſter und H. A. Bl. v. 6. 5. 1890 Art. 13.

ſeinem Geſchäftsherrn für längere Zeit zu Dienſten verpflichtet iſt, ſich mit Rückſicht auf dieſe Dauerbeziehungen jenem häufiger fügen müſſen, als einer, der nur in Einzel- und Augenblicksbeziehungen zu einem Geſchäftsherrn tritt.

Vom Handlungsgehülfen wird deshalb auch der ſchweizeriſche Agent nicht immer ganz leicht zu ſcheiden ſein, da auch dieſen Dauerbeziehungen mit ſeinem Prinzipal verbinden und deſſen Abhängigkeit der wirtſchaftlichen Verbundenheit des Agenten mit ſeinem Geſchäftsherrn oft recht nahe kommt.

Die Legaldefinition des Mäklers in Art. 412 O. R. enthält keinen unmittelbaren Hinweis auf die Selbſtändigkeit ſeiner Stellung. In dieſer Definition iſt jedoch nicht wie in der Definition des Agenten die Ständigkeit ſeiner Beziehungen zum Geſchäftsherrn ausgeſprochen und durch Umkehrſchluß iſt daraus und aus dem geſchichtlich gewordenen Begriff des Mäklers zu entnehmen, daß der Mäkler nur mit der Vermittlung einzelner Geſchäfte, die er bald für dieſen bald für jenen vornimmt, betraut wird. Aus dieſer Inanſpruchnahme nur von Fall zu Fall ergibt ſich für den Mäkler eine weitgehende Unabhängigkeit.

3.) Agent und Mäkler unterſcheiden ſich nicht wie die Handlungsagenten und die Mäkler des deutſchen Rechts hinſichtlich der Perſon, für die ſie tätig werden. Wie das ſchweizeriſche Recht, weil es ein Sonderrecht für Kaufleute nicht kennt, begrifflich nicht zwiſchen Civilmäklern und Handelsmäklern unterſcheidet, ſo macht es auch keine begrifflichen Unterſchiede zwiſchen Civilagenten und Handlungsagenten und verlangt deshalb auch nicht von der einzigen Art Agenten, die es in Anlehnung an den deutſchen Handlungsagenten kennt, daß ſie wie dieſer begriffsnotwendig für das Handelsgewerbe eines anderen, alſo für einen Kaufmann, tätig werden.

Zwar kann man auch im ſchweizeriſchen Recht denjenigen Agenten, der für ein Handelsgewerbe, alſo für einen Kaufmann, tätig wird, als Handlungsagenten bezeichnen; dieſer Handlungsagent ſteht dann aber dem deutſchen Handlungsagenten inſofern nicht gleich, als der ſchweizeriſche Handlungsagent keine Kaufmannsqualität kraft Geſetzes hat, ſondern dieſe erſt mit der Unterhaltung eines ſtändigen Büros erlangt. Für den Agenten des ſchweizeriſchen Rechts, der für Nichtkaufleute Geſchäfte vermittelt oder abſchließt, gelten übrigens die gleichen Beſtimmungen wie für den im vorigen näher bezeichneten Handlungsagenten, ſodaß ſich eine beſondere Einteilung in Civil- und Handlungsagenten für das ſchweizeriſche Recht nicht rechtfertigt, vielmehr hier ganz allgemein von Agenten geſprochen werden kann. Dagegen iſt für das deutſche Recht die Hervorhebung des Handlungsagenten deshalb bedeutſam, weil dieſer immer ohne weiteres Kaufmann iſt und das deutſche H. G. B. für die Kaufleute

ein von dem allgemeinen Recht des B. G. B. in wichtigen Punkten abweichendes Sonderrecht aufgeſtellt hat.

Weil der Agent des ſchweizeriſchen Rechts begrifflich nicht für Kaufleute tätig zu werden braucht, iſt ſein Geſchäftskreis gegenüber dem des deutſchen Handlungsagenten bedeutend erweitert und an Umfang dem des ſchweizeriſchen Mäklers gleichgeſtellt; denn auch für die ſchweizeriſchen Mäkler beſteht wie auch für die Mäkler des deutſchen Rechts hinſichtlich des Kreiſes der Auftraggeber keine Beſchränkung, ſodaß in dieſem Punkte die äußere Stellung der Agenten und Mäkler des ſchweizeriſchen Rechts und der Mäkler — Handels- wie Civilmäkler — des deutſchen Rechts übereinſtimmt.

4.) Wie ſchon öfter erwähnt, macht das ſchweizeriſche Recht keinen Unterſchied zwiſchen Civil- und Handelsmäklern und deshalb hinſichtlich der Mäklertätigkeit auch keinen Unterſchied zwiſchen gewerbsmäßiger und nicht gewerbsmäßiger Tätigkeit, was im deutſchen Recht ein wichtiges Unterſcheidungsmerkmal für die rechtlichen Begriffe des Handels- und Civilmäklers bildet. Der Mäkler des ſchweizeriſchen Rechts kann alſo wie der Civilmäkler des deutſchen Rechts auch gelegentlich tätig werden und braucht ſeine Tätigkeit nicht zu übernehmen mit der Abſicht, ſie dauernd auszuüben. Dagegen muß das andere Begriffsmerkmal, die Gewinnabſicht, ſchon deshalb vorliegen, weil im Gegenſatz zum Begriff des deutſchen Civilmäklers die Begriffsbeſtimmung des ſchweizeriſchen Mäklers als Begriffsmerkmal die Entgeltlichkeit der Mäklerdienſte feſtgeſetzt hat. (Art. 413 O. R.)

Im Gegenſatz zum Mäkler des O. R. muß der ſchweizeriſche Agent immer gewerbsmäßig tätig ſein;[1]) das ergibt ſich ſchon aus der Ständigkeit ſeiner Dienſte, woraus hervorgeht, daß der Agent ſeine Dienſte niemals ohne Dauerabſicht und nur gelegentlich, d. h. wenn ſie benötigt werden, zur Verfügung ſtellt. Die Gelegenheitsagenten, wie die deutſche Rechtslehre die mannigfachen Typen dieſer ohne Dauerabſicht und ohne das Merkmal der ſtändigen Betrauung tätigen Vermittler bezeichnet, ſind keine eigentlichen Agenten: Sie ſind Augenblicksvermittler, alſo Mäkler.[2])

5.) Der Kreis der Vertragsobjekte, die Gegenſtand der Vermittlungstätigkeit der Agenten und Mäkler bilden können, iſt unbegrenzt. Die Legaldefinition des Mäklers in Art. 412 O. R. ſagt von ihm, daß er „Geſchäfte" nachweiſt oder vermittelt. Gegenſtand ſeiner Vermittlungstätigkeit bilden alſo „Geſchäfte" ſchlechthin, wie beim Civilmäkler des deutſchen Rechts. Die im deutſchen Recht für die Tätigkeit des Handelsmäklers getroffene Beſchränkung auf Geſchäfte über Gegenſtände des Handelsverkehrs trifft für das ſchweizeriſche

[1]) Fick Vorbem. 28 vor 412.
[2]) Blatter S. 14.

Recht, das einen nach einem besonderen Kaufmannsrecht zu behandelnden Handelsmäkler nicht kennt, nicht zu.

Der schweizerische Mäkler kann wie der Civilmäkler des deutschen Rechts — aber im Gegensatz zum Handelsmäkler des deutschen Rechts — auch über solche Gegenstände Vertragsgelegenheit nachweisen oder Verträge vermitteln, die nicht zu den in § 93 Abs. 1 H. G. B. genannten und ähnlichen Vertragsgegenständen gehören. Gegenstand der Tätigkeit des Mäklers sind nach O. R. eben alle erlaubten Geschäfte.[1])

Für den Handlungsagenten ergibt sich aus seiner Begriffsbestimmung ebenfalls keine Beschränkung hinsichtlich der Geschäfte, die Gegenstand seiner Vermittlungstätigkeit bilden können. Er ist damit betraut, für das Handelsgewerbe eines anderen „Geschäfte" zu vermitteln oder darüber hinaus noch abzuschließen.

6.) Ist demnach — anders als im deutschen Recht — für die Agenten und Mäkler des schweizerischen Rechts der Kreis ihrer Auftraggeber und der Kreis der Gegenstände ihrer Tätigkeit derselbe, so ergibt sich jedoch — in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht — für beide ein Unterschied hinsichtlich der Art der Tätigkeit, die beim Agenten einen anderen und zwar weitergehenden Inhalt hat als beim Mäkler.

Dessen Aufgabe ist nach Art. 412 O. R. die Vermittlung des Vertragsabschlusses oder auch nur der Nachweis der Gelegenheit zum Vertragsschluß. Die untere Grenze für die Tätigkeit des Mäklers bildet nach O. R. also das Nachweisen; es genügt, wenn er seinem Geschäftsherrn einen zum Vertragsschluß geneigten Dritten bezeichnet. Er braucht, wenn er bloß Nachweismäkler ist, mit dem Dritten nicht zu verhandeln; das kann er dem Geschäftsherrn selber überlassen. Die Vermutung spricht dafür, daß der Mäkler mit dem Weniger, dem Nachweis, genug getan hat; wenn der bloße Nachweis einer Vertragsgelegenheit nicht als Mäklertätigkeit genügen soll, muß der Mäklervertrag ergeben, daß der Mäkler über den bloßen Nachweis hinaus den Vertragsabschluß auch vermitteln sollte. Hierzu gehört, daß er die als Gegenkontrahent in Frage kommende Person aufsucht, ihr den Abschlußwillen seines Geschäftsherrn kundgibt und den Dritten zum Abschluß mit seinem Geschäftsherrn zu bewegen sucht. Der Geschäftsherr selbst schließt dann mit dem abschlußbereiten Dritten den Vertrag ab, wenn er mit den zwischen Agenten und Dritten vereinbarten Bedingungen einverstanden ist. Der Abschluß steht in seinem Ermessen.

Für den Agenten bildet nicht das Nachweisen, sondern das Vermitteln die untere Grenze seiner Tätigkeit. Er kann aber auch mehr tun, als bloß vermitteln: Er kann das vermittelte Geschäft

[1]) Fick Art 412 Anm. 37.

im Namen ſeines Geſchäftsherrn auch abſchließen. Die Vermutung, daß dem Agenten Abſchlußvollmacht erteilt iſt, beſteht nicht. Sie bildet auch nicht den Regelfall, weil der Geſchäftsherr mit der Erteilung der Abſchlußvollmacht ein gewiſſes Riſiko eingeht. Eine Abſchlußvollmacht mit beſchränkten Kompetenzen kommt häufiger vor; die Vollmacht des Agenten lautet dann dahin, daß er nur Geſchäfte innerhalb des Rahmens der vom Auftraggeber feſtgeſetzten Preiſe und der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen und nur mit anerkannt zahlungsfähigen Gegenkontrahenten zum Abſchluß bringen darf. Der Mäkler als ſolcher iſt auch nach ſchweizeriſchem Recht durch den Mäklervertrag allein niemals zum Abſchluß des von ihm nachgewieſenen oder vermittelten Geſchäfts bevollmächtigt.[1]) Er kann natürlich beſondere Abſchlußvollmacht haben, nur iſt dieſe Vollmacht nicht Inhalt des Mäklervertrages, und die auf Grund der Vollmacht entwickelte Tätigkeit fällt nicht unter deſſen Beſtimmungen. Es handelt ſich vielmehr um einen zweiten ſelbſtändigen Vertrag neben dem Mäklervertrag.[2])

[1]) Oſer Art. 412 O. R. Anm. 3 und 4a z., Fick Vorb. 23 vor 412; B. G. E. 34, 2, 660.

[2]) Gmür zu Art. 412 O. R.; Fick Art 412 Anm. 23 und die dort zit. Entſcheidungen, Jacuſiel II S. 27.

III. Die allgemeine Stellung des Agenten und Mäklers zu den Parteien

a. nach deutſchem Recht.

Agent und Mäkler gehören zur Kategorie der Vermittler im Verkehr, ſie kommen deshalb begrifflich mit anderen Perſonen, Auftraggeber und Drittkontrahenten, in Berührung. Zu ihrem Auftraggeber treten ſie immer in ein beſonderes Vertragsverhältnis, den konkreten Agentur- bezw. Mäklervertrag, aus dem ſich ein Komplex von Rechten und Pflichten für Auftraggeber und Vermittler ergibt. Vor Behandlung dieſes beſonderen Vertragsverhältniſſes intereſſiert noch die Frage, ob Agent und Mäkler auch zur Gegenpartei, dem Drittkontrahenten, in Vertragsbeziehungen treten und auch deſſen Intereſſen wahrzunehmen haben, oder ob ſie nur dem Auftraggeber gegenüber berechtigt und verpflichtet ſind und nur deſſen Intereſſen vertreten dürfen.

Für den Agenten ergibt ſich aus ſeiner Dauerſtellung und dem darauf ſich gründenden Vertrauensverhältnis zu ſeinem Auftraggeber, daß er ausſchließlich deſſen Intereſſen zu vertreten hat. Er erhält deshalb auch nur von ihm eine Proviſion. Dem Drittkontrahenten gegenüber haftet er nur aus außerkontraktlichen Verſchulden nach den Grundſätzen der unerlaubten Handlungen (§ 823 ff. B. G. B.) Dieſes gilt jedoch nur ſolange, als der Agent ſich im Rahmen der ihm zuſtehenden Vertretungsmacht hält. Unmittelbare Rechtsbeziehungen zwiſchen dem Agenten und Drittkontrahenten entſtehen dann, wenn der Agent ſeine Vertretungsmacht überſchreitet und evtl. aus § 179 B. G. B. ſchadenserſatzpflichtig wird.

Im Gegenſatz zum Handlungsagenten nimmt der Mäkler, und zwar Civilmäkler wie Handelsmäkler, grundſätzlich eine völlig objektive Stellung zu den Parteien ein und tritt zu beiden Parteien (Auftraggeber und Drittkontrahenten) in ein Vertragsverhältnis. Für den Handelsmäkler iſt dieſes klar und deshalb unbeſtritten: Er ſteht als unparteiiſcher Vermittler zwiſchen den Parteien des zukünftigen Vertrages, hat beider Intereſſen wahrzunehmen, iſt beiden Parteien verantwortlich (§ 98 H. G. B.) und hat deshalb im Zweifel auch von beiden Parteien die Proviſion je zur Hälfte zu fordern (§ 99 H. G. B.). Dieſe Ausgeſtaltung der Handelsmäklerſtellung iſt ein Produkt der Entwicklung vom amtlichen Mäkler der Partikularrechte über die vereidigten Mäkler des A. H. G. B.[1]) zum heutigen Handelsmäkler. Die frühere amtliche Stellung

[1]) Vergl. Art. 81 und 83 A. H. G. B.

des Mäklers brachte von ſelbſt eine unparteiiſche, objektive Vermittlerſtellung mit ſich und weil dieſe ſchon z. Zt. des A. H. G. B. den Grundauffaſſungen des Handelsverkehrs entſprach,[1]) hat ſie ſich auch immer im Recht der modernen Mäkler erhalten. Auch heute entſpricht die objektive, neutrale Stellung des Handelsmäklers den tatſächlichen Verhältniſſen in Handel und Verkehr. Das zeigt ſich vor allem beim Börſenmäkler, und zwar ſowohl beim („amtlichen") Kursmäkler wie beim freien Mäkler. Wenn hier auch zuweilen tatsächlich eine Abhängigkeit von großen Auftraggeberfirmen, die ſich immer wieder desſelben Mäklers bedienen, vorkommen wird, ſo zeigt doch die ganze Stellung des Börſenmäklers im Organismus der Börſe, namentlich die Mitwirkung bei der Kursfeſtſtellung, daß das Publikum erwartet, daß er ſtreng neutral und objektiv im Intereſſe der Käufer wie der Verkäufer handelt.[2])

Allgemein anerkannt iſt es,[3]) daß dieſe grundſätzlich neutrale Stellung des Handelsmäklers durch Parteivereinbarung zu einer einſeitigen Intereſſenvertretung abgewandelt werden kann. Der Handelsmäkler bleibt auch Handelsmäkler, wenn er nur zu *einer* Partei in ein Vertragsverhältnis tritt und ſich verpflichtet, nur die Intereſſen dieſer Partei wahrzunehmen.[4]) Falls dieſe einſeitige Intereſſenvertretung nicht ohne weiteres aus den Umſtänden hervorgeht, muß der Handelsmäkler dem Gegenkontrahenten, der von ihm möglicherweiſe eine unparteiiſche Stellungnahme und die Vertretung auch ſeiner Intereſſen erwartet, bei Vermeidung einer Schadenserſatzpflicht darauf aufmerkſam machen, daß er nur im Intereſſe der anderen Partei handeln will. Übrigens folgt das Aufgeben der Neutralität nicht ſchon daraus, daß nur *eine* Vertragspartei die Courtage, und zwar die geſamte, zahlt, auch nicht daraus, daß jede Partei ihren beſonderen Mäkler verwendet.[5])

Wenn im einzelnen Falle der Handelsmäkler offen als Vertreter nur einer Partei handelt, können einzelne Beſtimmungen des Handelsmäklerrechts, die auf die gleichmäßige Wahrnehmung der beiderſeitigen Intereſſen abgeſtellt ſind (z. B. §§ 98, 99 H. G. B.) keine Anwendung finden. Dem Inhalt nach handelt es ſich bei einem Handelsmäklervertrage mit einſeitiger Intereſſenvertretung um eine dem Agenturvertrag verwandte Abart, die mit jenem eben in dem Punkte der einſeitigen Intereſſenvertretung übereinſtimmt. Auf

[1]) R. O. H. G. Bd. 7 Seite 90 Bd. 9 S. 240. R. G. Bd. 4 Seite 223.
[2]) Ehrenberg S. 369/70.
[3]) Ehrenberg S. 35, 335 und 387, Staub § 98 Anm. 2, Vorbem. vor § 93 Anm. 6, 31, 32, 35. Jacuſiel II S. 17, Albrecht-Tentler S. 15/17, Enneccerus I, 2 S. 387.
[4]) O. L. G. R. Bd. 14 S. 348. (O. L. G. Hamburg).
[5]) So richtig O. L. G. Hamburg O. L. G. R. Bd. 14 S. 349 im Gegenſatz zur Entſch. Bd. 10 S. 238; Ehrenberg S. 370.

einen ſolchen Handelsmäklervertrag kann man unbedenklich diejenigen Beſtimmungen des Agenturvertrages, die ſich auf die Betrauung mit der Vermittlung im ausſchließlichen Intereſſe des Geſchäftsherrn gründen und ihre Exiſtenz allein daraus und nicht aus der Ständigkeit der Beziehungen zum Auftraggeber herleiten, annalog anwenden. Die §§ 84 und 88 Abſ. 3 enthalten die einzigen Beſtimmungen dieſer Art.

Was für den Handelsmäkler hinſichtlich ſeiner objektiven Stellung gilt, gilt — wie ſchon Seite 15 erwähnt — auch für den Civilmäkler. Begrifflich nimmt auch er eine objektive Stellung ein, und begrifflich ſind ihm die Intereſſen der Partei, die ihn zuerſt um Übernahme der Mäklerdienſte angegangen hat, nicht beſonders anvertraut. Er hat vielmehr die Intereſſen beider Parteien tunlichſt in gleichem Maße wahrzunehmen. Dieſes geht ganz klar aus § 654 B. G. B. hervor, nach dem der Civilmäkler den Anſpruch auf Mäklerlohn verliert, wenn er *dem Vertrage zuwider* die Intereſſen beider Parteien wahrnimmt. § 654 ſetzt voraus, daß abweichend vom Normalfall beſonders ausbedungen iſt, daß der Mäkler nur im Intereſſe *einer* Partei tätig werden ſoll. Der von der herrſchenden Lehre aus dem Wortlaut des § 654 B. G. B. gezogene entgegengeſetzte Schluß läßt ſich daraus nicht ziehen.[1])

b. Schweizeriſches Recht.

Die allgemeine Stellung der Agenten und Mäkler des ſchweizeriſchen Rechts iſt von derjenigen der Agenten und Mäkler des deutſchen Rechts nicht verſchieden. Die allgemeine Stellung des ſchweizeriſchen Agenten zu den Parteien entſpricht vollſtändig der des Agenten nach deutſchem Recht, was aus der immer wieder zur Begründung der Parallelen herangezogenen Tatſache hervorgeht, daß die Begriffsbeſtimmung für den Agenten des ſchweizeriſchen Rechts dem deutſchen Recht entlehnt iſt, das mit dem Begriffsmerkmal des ſtändigen Betrautſeins das Erfordernis der einſeitigen Intereſſenvertretung aufſtellt. Nach beiden Rechten kann natürlich dieſe einſeitige Stellungnahme durch Parteiabrede dahin abgewandelt werden, daß der Agent auch im Intereſſe des Gegenkontrahenten tätig werden muß. Er tritt dann auch zu dieſem in ein Vertragsverhältnis, ohne damit von ſeinem Weſen etwas zu verlieren.

Die Vorſchriften des O. R. über den Mäklervertrag entſprechen im allgemeinen denen des deutſchen B. G. B. über den Civilmäklervertrag; deshalb gilt bezüglich der allgemeinen Stellung des ſchweizeriſchen Mäklers zu den Parteien dasſelbe wie für den Mäkler nach B. G. B.: Er vertritt grundſätzlich die Intereſſen beider

[1]) Albrecht I. S. 17; Reichel S. 242.

Parteien und ſteht zu beiden in einem Vertragsverhältnis.[1])[2]) Dem ſteht nicht entgegen, daß ſowohl nach § 654 B. G. B. wie nach Artikel 412 O. R. der Mäkler offenbar nur von ſeinem Auftraggeber eine Proviſion verlangen kann; er kann ſich ja auch, wie aus dem Wortlaut der §§ 754 B. G. B. und des Art. 415 O. R. hervorgeht, auch von der Gegenpartei eine Vergütung verſprechen laſſen, ohne damit grundſätzlich die Intereſſen ſeines erſten Auftraggebers zu verletzen. (S. Anm. 2).

Dieſe grundſätzlich objektive Stellung des Mäklers unterliegt natürlich auch nach ſchweizeriſchem Recht der Parteidispoſition, ſodaß der Mäkler des O. R. im Einverſtändnis mit der anderen Partei auch im Intereſſe nur einer Partei tätig werden kann.

[1]) Fick Art. 415 O. R. Anm. 6.

[2]) Dies ergibt ſich aus Art. 415 O. R., der ſtillſchweigend davon ausgeht, daß die Betätigung des Mäklers für beide Vertragsparteien an ſich zuläſſig iſt und ſogar die Regel bildet; nur wenn die Tätigkeit des Mäklers „*dem* konkreten Vertrage" — alſo einer die grundſätzlich objektive Stellung abändernden Vereinbarung widerſpricht, ſollen die in Art. 415 angedrohten Rechtsnachteile eintreten.

IV. Die beſondere Rechtsſtellung des Agenten und Mäklers zum Auftraggeber.

1. Von ihren Pflichten

a. nach deutſchem Recht.

Zwiſchen dem Auftraggeber, der die Tätigkeit des Agenten oder Mäklers in Anſpruch nimmt, und dem Agenten oder Mäkler ſelbſt entſteht durch die Inanſpruchnahme ein Vertragsverhältnis, der konkrete Agentur- oder Mäklervertrag. Verträge erzeugen in der Regel auf beiden Seiten Rechte und Pflichten, die dem Vertrage ein beſtimmtes Gepräge aufdrücken und ihn einer beſtimmten Vertragsart unterſtellen. Die Rechte und Pflichten der Agenten und Mäkler, ſoweit ſie für unſere Differenzialdiagnoſe in Betracht kommen, ſollen zunächſt behandelt werden und dann die rechtliche Natur des Agentur- und Mäklervertrages.

Von den Pflichten des Agenten und Mäklers nach deutſchem Recht kommen für unſere Differenzialdiagnoſe in der Hauptſache die — beſondere Einzelverpflichtungen beinhaltende — allgemeine Sorgfaltspflicht und die wegen der rechtlichen Qualifizierung des Agentur- und Mäklervertrages wichtige, für den Mäkler allerdings umſtrittene Pflicht zum Tätigwerden in Frage. Das Vertragsverhältnis, auf dem die Tätigkeitspflicht des Agenten nach deutſchem Recht beruht, wird in § 84 H. G. B. durch die Worte gekennzeichnet: „Wer damit betraut iſt . . . . . ". Der Begriff des Betrautſeins iſt in dieſer geſetzlichen Begriffsformulierung abgeblaßt und weiſt nicht etwa auf ein beſonderes Vertrauensverhältnis zwiſchen Geſchäftsherrn und Agenten hin, das freilich aus anderen Beſtimmungen und insbeſondere aus der Ständigkeit der Beziehungen des Agenten zum Geſchäftsherrn hervorgeht. „Betrautſein" iſt vielmehr ein Synonym für „Beauftragtſein" und weiſt in dieſer Bedeutung darauf hin, daß der Agent durch die Eingehung des Agenturvertrages verpflichtet wird, für ſeinen Auftraggeber in der Richtung des vom Geſchäftsherrn gewünſchten Vertrages tätig zu ſein.[1]) Der Agenturvertrag enthält ſtets eine Dienſtverpflichtung.[2]) Nicht genügt vor allem zur Einreihung unter die Agenten, daß der Vermittler nach Parteiabrede nur das Tätigwerden und den Abſchluß von Verträgen nur in Ausſicht nimmt, ohne eine Verpflichtung zum Tätigwerden zu übernehmen.[3])

[1]) Ehrenberg S. 12 und 390.
[2]) Jacuſiel Bd. I, S. 16.
[3]) R. G. Bd. 95 S. 134.

Dem Mäklervertrag ist dagegen eine Verpflichtung zum Tätigwerden nicht wesentlich.[1]) Der die Bestimmungen des B. G. B. über den Mäklervertrag einleitende § 652 behandelt eine besondere Tätigkeitspflicht des Mäklers nicht, deutet sie auch mit keinem Worte an. Insbesondere ist nicht aus der Ausdrucksweise des § 652 B. G. B. der „für den Nachweis" und „für die Vermittlung" den Mäklerlohn verspricht und nicht „für *den Fall* des Nachweises" und „für *den Fall* der Vermittlung." Hätte sich das Gesetz des Ausdrucks „für den Fall des Nachweises" bedient, so wäre dadurch allerdings der Prämiencharakter der Provision deutlich genug zum Ausdruck gekommen, daß der Gesetzgeber den Mäkler nicht verpflichten wollte, tätig zu werden, vielmehr das Tätigwerden und damit die Erfüllung der Voraussetzung des Lohnanspruches von dem freien Willen des Mäklers abhängig machen wollte. Aus der vom Gesetzgeber im § 652 B. G. B. gewählten Ausdrucksweise „für den Nachweis" ist aber das Gegenteil, die Tätigkeitspflicht des Mäklers, nicht zu schließen. Sie könnte bestenfalls einen Hinweis auf die Gegenseitigkeit des Mäklervertrages geben.[2])

Auch aus den Worten des § 653 „die dem Mäkler übertragene Leistung" kann auf eine Tätigkeitspflicht des Mäklers nicht geschlossen werden; denn § 653 B. G. B. ist nicht dazu bestimmt, Mäklerpflichten festzulegen.[3]) Für den Handelsmäkler bestimmt weder § 93 H. G. B., nach dem der Handelsmäkler gewerbsmäßig die Vermittlung oder den Abschluß von Handelsgeschäften „übernimmt", noch § 98 H. G. B., der eine Schadensersatzpflicht gegenüber beiden Parteien im Falle des Verschuldens aufstellt, eine Pflicht zum Tätigwerden.[4])

Das Gesetz wollte, wie die Motive zeigen, die Frage, ob der Mäkler zur Tätigkeit verpflichtet ist, nicht beantworten, vielmehr die Klärung dieser von jeher umstrittenen Frage der Rechtswissenschaft und der Praxis überlassen. Deshalb kann aus dem Wortlaut des Gesetzes kein sicherer Schluß auf das eine oder das andere gezogen werden, wenn auch die Worte des § 652 B. G. B. „verpflichtet, wenn" darauf hindeuten, daß der Mäkler durch den Prämiencharakter der Provision zur Erfüllung der in seine Hand gegebenen Voraussetzungen des Provisionsanspruches, nämlich zur

[1]) Jacusiel II, S. 16/17 und S. 49 ff.; Ehrenberg S. 360, 390; Staub Vorbem. vor § 93 Anm. 2; R. G. J. W. 1911 S. 758. Oertmann Vorb. vor § 652 Anm. 3a.

[2]) Jacusiel II, S. 16/17.

[3]) K. G. Bl. 1910 S. 95, a. A. in allen Punkten Lotmar a. a. O.

[4]) Jacusiel II, S. 17 a. A. Dür.-Hachenburg Vorbem. 10 zu § 93 H. G. B. und Wüstendörfer Z. f. H. R. Bd. 58 S. 122 Anm. 10.

Tätigkeit angeſpornt werden ſoll, ohne daß er eine Tätigkeitspflicht übernimmt.[1][3])

Die Geſchichte des Mäklerrechts ſpricht ſchon ſtärker für die Verneinung der Tätigkeitspflicht des Mäklers, denn das römiſche Recht (L. 2 D 50, 14) legte dem Mäkler nicht die Verpflichtung zum Tätigwerden auf. Ebenſo war es im mittelalterlichen deutſchen Recht, wo die Gebühr nur geſchuldet wurde, wenn das Geſchäft durch einen äußerlichen Akt — Geben und Nehmen des Gottespfennigs — abgeſchloſſen war.[2]) Die römiſche und deutſchrechtliche Ausgeſtaltung des Mäklerrechts wurde auch zur gemeinrechtlichen. Auch das ſächſiſche B. G. B. verneint im § 1255 die Tätigkeitspflicht. Das A. L. R. II, 8 §§ 1337 ff. 1348 und das A. H. G. B. Art. 81 entſcheidet ſich weder für das eine noch für das andere.

Spricht nach alledem auch nichts mit Sicherheit für die Verneinung der Tätigkeitspflicht des Mäklers, ſo ergibt ſich aber aus dem wirtſchaftlichen Zweck des Mäklervertrages mit Gewißheit, daß der Mäkler grundſätzlich nicht zum Tätigwerden verpflichtet ſein kann: Der Geſchäftsherr, der mit Hülfe des Mäklers einen Vertrag ſchließen will, iſt in ſeinem Entſchluß, ob er von dem Nachweis der Vertragsgelegenheit oder der Vermittlung des Vertrages durch den Mäkler Gebrauch machen ſoll oder nicht, völlig frei. Er kann das ihm vom Mäkler nachgewieſene oder vermittelte Geſchäft abſchließen oder ablehnen und iſt nur im Falle des Abſchluſſes — dieſer iſt, weil in das Belieben des Auftraggebers geſtellt, keine eigentliche Bedingung, ſondern eine Rechtsbedingung — zur Entrichtung der Mäklerproviſion verpflichtet.[4]) Im Falle des Nichtabſchluſſes entſteht jedoch der Proviſionsanſpruch nur in den Fällen, wo der Geſchäftsherr wider die guten Sitten, z. B. nur um den Mäkler um ſeinen Proviſionsanſpruch zu bringen, nicht abſchließt, evtl. auch ein Schadenserſatzanſpruch.[5])

Der Auftraggeber iſt alſo nicht verpflichtet, das ihm vom Mäkler gezeigte Geſchäft abzuſchließen, und im Falle des Nichtabſchluſſes wird weder der Proviſionsanſpruch des Mäklers exiſtent, noch kann er Erſatz ſeiner Aufwendungen verlangen.[6]) Dieſer

[1]) Ehrenberg S. 390.

[2]) dto.

[3]) Die häufig für das Nichtbeſtehen einer Tätigkeitspflicht des Mäklers herangezogene Begründung, daß eine Klage auf Leiſtung der Dienſte wegen deren Unbeſtimmtheit und Unbeſtimmbarkeit ausgeſchloſſen ſei, weil der Klageantrag nicht ſubſtantiiert werden könne, ſchlägt nicht durch; denn ein Antrag auf Vermitteln oder Nachweiſen, d. h. auf Entfaltung einer Tätigkeit in dieſer Richtung iſt hinreichend ſubſtantiiert (Jacuſiel II. S. 50). Ein Urteil auf Leiſtung der Dienſte kann jedoch wegen § 888 II Z. P. O. nicht vollſtreckt werden.

[4]) Jacuſiel II, S. 16. Ehrenberg S. 360.

[5]) ſ. weiter unten.

[6]) ſ. weiter unten.

Freiheit des Auftraggebers muß eine entſprechende Freiheit des Mäklers in ſeiner Entſchließung, ob er tätig werden ſoll oder nicht, gegenüberſtehen. Da der Geſchäftsherr die Entſtehung des Proviſionsanſpruches willkürlich eintreten laſſen oder vereiteln kann, wäre es unbillig, vom Mäkler grundſätzlich zu verlangen, daß er eine Tätigkeitspflicht übernimmt mit der Ausſicht, daß er keine Vergütung für ſeine Tätigkeit und nicht einmal Erſatz der für die Vermittlung gemachten Aufwendungen erhält.[1]) Danach kann der Mäkler billigerweiſe zur Übernahme der Mäklertätigkeit grundſätzlich nicht verpflichtet ſein. Auf dieſen Standpunkt hat ſich die herrſchende deutſche Rechtslehre und die Praxis geſtellt,[2]) nur wenige Schriftſteller[3]) vertreten — wie übrigens auch das ſchweizeriſche,[4]) franzöſiſche[5]) und engliſche[6]) Recht — den Standpunkt, daß der Mäkler zum Tätigwerden verpflichtet iſt.

Aber nur *grundſätzlich* iſt der Mäkler zu einer poſitiven Tätigkeit nicht verpflichtet. Dieſe regelmäßige Ausgeſtaltung des Mäklervertrages kann durch Parteivereinbarung abgewandelt werden. Dem Mäkler kann durch beſondere Bindung die Pflicht zum Tätigwerden und ſogar die Verpflichtung zur Übernahme einer Garantie für das Zuſtandekommen des Vertrages auferlegt werden. Dieſer letzte Fall kommt jedoch in der Praxis ſelten vor. Durch dieſe beſondere Verpflichtungsübernahme wird an dem Weſen des Mäklervertrages nichts geändert; er bleibt ein Mäklervertrag trotz dieſer Annäherung an einen Dienſt- bezw. Werkvertrag.[7]) Unſere Darſtellung befaßt ſich nur mit dem Regelfall, daß der Mäkler zur poſitiven Tätigkeit nicht verpflichtet iſt.

Dieſe Verneinung gilt aber nur für die eigentliche Mäklerarbeit, das Nachweiſen und Vermitteln, dagegen nicht auf die allgemeine Sorgfaltspflicht, die der Mäkler ſtets mit dem Abſchluß des Mäklervertrages übernimmt und die verſchiedene beſondere poſitive und Unterlaſſungspflichten zum Inhalte hat. Auch dem Agenten obliegt außer ſeiner Pflicht zur poſitiven Vermittlungstätigkeit eine von der des Mäklers inhaltlich nicht weſentlich abweichende Sorgfaltspflicht.

---

[1]) Jacuſiel II, S. 18. Ehrenberg S. 361.

[2]) Staub Vorbem. vor § 93. Ehrenberg S. 360 u. 390. Jacuſiel S. 49, 16—18. Reichel S. 8. Planck § 652 BGB. Vorbem. IV. und die dort angegebene weitere Literatur; Oertmann Vorbm. vor § 652 Anm. 3a; R. G. L. Z. 1911 S. 939. R. G. J. W. 1915 S. 1351.

[3]) Dernburg II. 2 § 338 II; Crome Part. R. G. S. 415; Schollmeyer Schuldverhältniſſe 1904 S. 113; Lotmar I S. 284. Ihre Anſicht ſcheitert ſchon an dem Wortlaut des § 652 BGB. und an den oben im Text angeführten Billigkeitserwägungen.

[4]) ſ. weiter unten.

[5]) infolge der Anwendung der Mandatsgrundſätze auf den Courtier.

[6]) wenigſtens bei entgeltlicher Dienſtleiſtung.

[7]) ſ. weiter unten.

Der Rechtsgrund ist für das Civilmäklerrecht § 652 in Verbindung mit § 276 B. G. B., für den Handelsmäkler und Handlungsagenten § 347 H. G. B. in Verbindung mit § 276 B. G. B.

Im einzelnen gilt folgendes:

Die allgemeine Sorgfaltspflicht des Mäklers bleibt entsprechend der Stellung des Mäklers als Augenblicksvermittler auf das einzelne Geschäft, das gerade in Aussicht genommen ist, beschränkt. Vom Abschluß des Mäklervertrages an ist er bezüglich dieses Geschäfts zur Verschwiegenheit, zur Unterlassung der Gefährdung der Interessen des Auftraggebers verpflichtet, insbesondere darf er einem Vertragsschluß mit einem Dritten nicht entgegenwirken.[1]) Als positive Leistungspflicht obliegt ihm die Mitteilung aller ihm bekannten Tatsachen, die den Geschäftsherrn von dem Vertragsschluß mit dem Dritten abhalten oder ihn veranlassen könnten, andere Vertragsbedingungen zu stellen.[2]) Diese Mitteilungspflicht ist nicht zu weit auszudehnen, insbesondere darf sie nicht zu einer Informationspflicht des Mäklers über die Zahlungs- und Kreditfähigkeit des Gegenkontrahenten werden. Ist ihm die mangelnde Solvenz des Gegenkontrahenten bekannt, dann hat er diese wichtige Tatsache dem Geschäftsherrn natürlich mitzuteilen. Er braucht aber nicht besondere Erkundigungen über die Zahlungs- und Kreditfähigkeit des Gegenkontrahenten einzuziehen.[3]) Denn die Solvenz ist ein Element der Erfüllung des beabsichtigten Vertrages, und die Erfüllung ist Sache des Geschäftsherrn, der schon mit dem Abschluß des ihm vom Makler vorgeschlagenen Vertrages zu erkennen gegeben hat, daß er mit allem einverstanden ist.[4]) Die Treuepflicht gegenüber seinem Auftraggeber bringt den Handelsmäkler wegen seiner grundsätzlich objektiven Stellung oft in eine schwierige Lage, in der es ihm nicht immer möglich ist, nur im Interesse seines Auftraggebes tätig zu sein; denn fast in allen Fällen steht das Interesse der einen Partei mit dem der anderen in Widerspruch, aber auch diese Interessen soll der Handelsmäkler wahrnehmen. Wenn er aber in diesem Sinne tätig wird, wird er nicht leicht einen Vertrag dem Abschluß nahe bringen, und da es seine Aufgabe ist, auf den Abschluß hinzuarbeiten, muß ihm erlaubt sein, den Interessen seines Auftraggebers, weil dieser zuerst an ihn herangetreten ist, solange den Vorzug zu geben, als der Abschluß schließlich auch noch Wert für die andere Partei hat. Im einzelnen ist der Pflichtenkreis des Mäklers schwer

---

[1]) O. H. G. Posen Seuff. A. Bd. 57. Nr. 211.
[2]) Ehrenberg S. 391; Jacusiel II, S. 53; R. G. J. W. 1912 Nr. 735.
[3]) Staub Vorbem. zu § 93 Anm. 25. Ehrenberg S. 393.
[4]) Riesenfeld, Gruch Bd. 37 S. 280 und Staub Vorbem. zu § 93 Anm. 25. O. L. G. Colmar D. J. Z. 1903. S. 60 und R. G. Gruch Bd. 45 S. 1011 und K. G. i. O. L. G. Rspr. 119.

abzugrenzen, wenn er nicht bei jeder Inanſpruchnahme des Mäklers vertraglich beſonders normiert wird.

Auch der Agent hat eine allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber ſeinem Auftraggeber, aber auch gegenüber ihm, weil er nur in deſſen Intereſſe tätig wird. Weil er in Dauerbeziehungen zu ſeinem Geſchäftsherrn ſteht, geht für ihn die Wahrnehmung der Intereſſen ſeines Auftraggebers im Gegenſatz zum Mäkler über das einzelne Geſchäft hinaus und wird zu einer allgemeinen dauernden Intereſſenvertretung. Zu ſeiner Sorgfalts- und Treuepflicht gehört im einzelnen wie beim Handelsmäkler, daß er Betriebs- und Geſchäftsgeheimniſſe ſeines Auftraggebers, die ihm in ſeiner Tätigkeit für dieſen bekannt geworden ſind, nicht verraten darf. Er darf auch nicht dem beabſichtigten Vertrage entgegenarbeiten, hat auch alles zu unterlaſſen, was mit dem Intereſſe d. h. mit dem geſchäftlichen Vorteil ſeines Auftraggebers in Widerſpruch ſteht. In poſitiver Hinſicht obliegt dem Agenten eine Benachrichtigungspflicht hinſichtlich aller wichtigen Tatſachen und dem Abſchlußagenten noch beſonders die Pflicht, den Geſchäftsherrn von jedem Geſchäftsabſchluß zu benachrichtigen (§ 84 H. G. B.) Im übrigen ſind im konkreten Falle die wichtigen Tatſachen regelmäßig verſchieden; es gehören dazu: die dem Agenten gemachten Angebote, die Konjunktur, die Aufnahme, die die Ware beim Kunden gefunden hat, ob Verbeſſerungen, Verteuerung oder Verbilligung der Ware erforderlich erſcheinen, ob die Ware derjenigen der Konkurrenz ſtandhält u. a. mehr. Insbeſondere obliegt dem Agenten im Gegenſatz zum Mäkler die Pflicht, die Kreditwürdigkeit des von ihm in Ausſicht genommenen Gegenkontrahenten in der im Verkehr üblichen Weiſe zu prüfen[1]), ehe er ihn ſeinem Geſchäftsherrn als Vertragspartei vorſchlägt. Er hat ſeinen Geſchäftsherrn auch in der Folgezeit darüber zu unterrichten, wenn ſich die Kreditwürdigkeit vermindert.

Wieweit die Prüfungspflicht des Agenten geht, entſcheidet der Einzelfall. Die Einholung einer Auskunft von einer Auskunftei iſt ihm mindeſtens zuzumuten, oft muß er auch perſönlich umfragen, wenn ihm dies ohne erhebliche Schwierigkeiten möglich iſt und er ſichere Gewährsmänner kennt.[2]) Seine Prüfungspflicht darf aber auf jeden Fall nicht ſoweit gehen, daß ſie in Verbindung mit der aus der Nichtbeobachtung ſich ergebenden Schadenserſatzpflicht einer reinen Delcrederehaftung — der Bürgſchaft für den Ausfall — gleichkommt. Dieſe pflegt der Handlungsagent nur ausdrücklich und meiſt nur gegen eine beſondere Delcredereproviſion zu übernehmen. Der Agent hat eben nur für die Beobachtung ſeiner

[1]) Staub, § 84 Anm. 16; R. O. H. G. Bd. 22 S. 121; R. G. Bd. 18. S. 112; Ehrenberg S. 82.

[2]) Ehrenberg S. 82, Jacuſiel S. 35, Albrecht-Tentler S. 36.

Sorgfaltspflicht einzuſtehen und dieſer genügt er, wenn er die ihm zu Gebote ſtehenden Erkundigungsmöglichkeiten in verkehrsüblicher Weiſe ausſchöpft. Unverſchuldeter Irrtum und Täuſchung und die Unſicherheit im Kreditverkehr befreien ihn von der ſtrengen Haftung für die Richtigkeit der von ihm eingeholten Informationen über die Kreditwürdigkeit des Gegenkontrahenten,[1]) wenn ſie mit der nötigen Sorgfalt eingeholt ſind.

Ein Konkurrenzverbot beſteht während der Dauer des Agenturvertrages für den Agenten nicht. Er darf alſo weitere Agenturen übernehmen und iſt meiſt darauf angewieſen.[2]) Die Grenze zieht aber § 84 H. G. B.: „Der Agent muß ſich unmittelbar ſchädigender Konkurrenz enthalten." Aber nicht jede Konkurrenz-Vertretung ſchadet; jedoch wird bei Vertretung verſchiedener Firmen, die gleichartige Gegenſtände vertreiben, eine Kolliſion nicht ausbleiben. Denn wenn der Agent dem Reflektanten die Waren zum Kaufe vorlegt, ſo kann er ſie nicht in gleichem Maße anpreiſen und die Anpreiſung der einen wirkt ſich für die andere ungünſtig aus, ſodaß inſofern das Intereſſe des einen oder anderen Geſchäftsherrn nicht voll gewahrt wird. Das trifft nur dann nicht zu, wenn die Waren in Preis und Zweckbeſtimmung weſentlich voneinander abweichen und dem Kunden mit verſchiedener Begründung angeprieſen werden können.[3])

Selbſtverſtändlich kann durch Handelsſitte und Parteiabrede jede Konkurrenzvertretung auch innerhalb des allgemein zuläſſigen Rahmens ausgeſchloſſen werden.[4])

Für die Zeit nach Beendigung des Vertrages beſteht für den Handlungsagenten entſprechend der Selbſtändigkeit ſeiner Stellung ein Konkurrenzverbot erſt recht nicht.

Vertragliche Beſchränkungen der Konkurrenz für die Zeit nach Beendigung des Vertrages ſind nur ſoweit zuläſſig, als ſie nicht gegen gute Sitten verſtoßen. Sittenwidrigkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn der Handlungsagent durch die Konkurrenzklauſel in ſeiner Erwerbstätigkeit völlig lahm gelegt wird.[5])

Auch der Mäkler darf entſprechend ſeiner ſelbſtändigen und völlig objektiven Stellung grundſätzlich Konkurrenzvertretungen während der Dauer und nach Beendigung des Mäklervertrages übernehmen.[6]) Aber auch er hat die Wahrnehmung kollidierender Intereſſen zu vermeiden. Aber es muß ſich um eine wirkliche Intereſſenkolliſion handeln, und dieſe liegt nicht ſchon darin, daß

[1]) Albrecht-Tentler S. 26 27.
[2]) O. L. G. Breslau „Recht" 04 23.
[3]) Ehrenberg S. 83 84.
[4]) Ehrenberg S. 85.
[5]) Ehrenberg S. 87, Albrecht-Tentler S. 32.
[6]) Reichel S. 242, Jacuſiel II S. 53, Planck Vorb. 4a vor § 652 ff.

der Mäkler von mehreren Auftraggebern gleichzeitig Aufträge entgegennimmt. Dieſer Fall bildet vielmehr im Handel die Regel.[1]) Eine Wahrnehmung kollidierender Intereſſen liegt ganz beſonders dann vor, wenn der Mäkler anſtatt in fremdem Intereſſe im eigenen Intereſſe handelt, eigene Waren durch vorgeſchobene Perſonen dem Auftraggeber anbietet, als Gegenkontrahenten Firmen begünſtigt, an denen er als Geſellſchafter beteiligt iſt oder die ihm für die vorzugsweiſe Vertretung ihrer Intereſſen eine beſondere Proviſion zugeſagt haben.[2])

b) nach ſchweizeriſchem Recht.

Eine Differentialdiagnoſe hinſichtlich der Pflichten des Agenten und Mäklers nach ſchweizeriſchem Recht ergibt im allgemeinen dasſelbe Bild, wie die Vergleichung nach deutſchem Recht, nur daß die Überſtimmung noch größer iſt, weil nach ſchweizeriſchem Recht auch der Mäkler zu poſitiver Tätigkeit verpflichtet erſcheint.

Daß dem Agenten auch nach ſchweizeriſchem Recht die Pflicht zum Tätigwerden obliegt, kann wie im deutſchen Recht keinem begründeten Zweifel unterliegen.[3]) Die auf die Begriffsbeſtimmung des deutſchen Rechts im § 84 H. G. B. abgeſtellte Begriffsformulierung der ſchweizeriſchen Rechtslehre und Gerichtspraxis hat zwar in dieſe einen ausdrücklichen Hinweis auf eine in jedem Falle vom Agenten mitübernommene Tätigkeitspflicht nicht aufgenommen. Dieſer Nachweis iſt aber auch in der Begriffsbeſtimmung des deutſchen H. G. B. nicht enthalten, kann aber auch im ſchweizeriſchen Recht aus dem Begriffsmerkmal des Betrautſeins geſchloſſen werden, das nur zu einem geringen Teil auf das beſondere Vertrauensverhältnis zum Geſchäftsherrn hinweiſt, vielmehr als Synonym für Beauftragtſein einen ausreichend klaren Hinweis auf eine Pflicht des Agenten zum Tätigwerden enthält.

Hinſichtlich der Tätigkeitspflicht des Mäklers herrſcht in der ſchweizeriſchen Literatur weniger Streit als in der deutſchen. Das Geſetz ſelbſt hat dieſem Streit den Boden entzogen und die Tätigkeitspflicht des Mäklers in Artikel 412 O. R. deutlich genug zum Ausdruck gebracht. Danach (Abſ. 1) erhält der Mäkler durch den Mäklervertrag den „Auftrag", zu vermitteln. Will man mit dem Kommentar von Gmür, der auch für das ſchweizeriſche Recht eine Tätigkeitspflicht des Mäklers nicht annimmt,[4]) auch aus dem Wortlaut des Art. 412, Abſ. 1 O. R. den Schluß auf eine Tätigkeitspflicht nicht ziehen, weil die Bezeichnung „Auftrag" in Artikel 412,

[1]) Reichel S. 242, Jacuſiel II S. 53, Planck Vorb. 4a vor § 652 ff.
[2]) Ehrenberg S. 395.
[3]) Bollag S. 168.
[4]) Gmür zu Art. 412.

Abſ. 1 O. R. vielleicht nicht in der techniſchen Bedeutung des Artikels 394 O. R. gebraucht ſein könnte, ſo ergibt ſich doch dieſe Tätigkeitspflicht mit Beſtimmtheit aus § 412, Abſ. 2 O. R., wonach der Mäklervertrag im allgemeinen unter den Vorſchriften über den einfachen Auftrag ſteht.

Dieſer Abſatz 2 des Art. 412 O. R. läßt auch verſtändlich werden, weshalb bei der endgültigen Faſſung des Art. 412 O. R. nicht die entſprechende des Art. 1475a des Entwurfs von 1909 aufgenommen wurde. In dieſem Artikel 1475a war ausdrücklich beſtimmt:

„Durch den Mäklervertrag verpflichtet ſich der Mäkler . . . . den Abſchluß eines Vertrages zu vermitteln." Dieſer Artikel wurde nicht deshalb in abgeänderter Form als Art. 412 in das O. R. aufgenommen, weil man, wie der Kommentar von Gmür meint, dem Mäkler eine Tätigkeitspflicht nicht auferlegen wollte, ſondern weil man die Tätigkeitspflicht genügend ausgedrückt zu haben glaubte durch den Hinweis auf die allgemeinen Beſtimmungen des Auftrags in Abſ. 2 des Art. 412 O. R., die in dem Art. 394 O. R. mit denſelben Worten — wie Art. 1475a des Entwurfes von 1909 für den Mäkler — eine Tätigkeitspflicht für den Beauftragten aufſtellen. Artikel 394 O. R. beſtimmt nämlich:

„Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet ſich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geſchäfte oder Dienſte vertragsgemäß zu beſorgen". Den Abſatz 2 der jetzigen Faſſung des Artikels 412 mit dem Hinweis auf die Beſtimmungen des Auftrags enthielt der entſprechende Artikel des Entwurfs von 1909 nicht. Danach ergibt Art. 412 O. R. in Verbindung mit Art. 394 O. R., daß der Mäkler des ſchweizeriſchen Rechts durch die Annahme des Mäklerauftrages die Verpflichtung zum Tätigwerden übernimmt.[1])

Wie im deutſchen Recht,[2]) treten auch im ſchweizeriſchen Recht der klageweiſen Durchführung des Anſpruches des Auftraggebers auf die Tätigkeit des Mäklers und ſeiner Vollſtreckung Schwierigkeiten entgegen. Zwar erſcheint das auf Tätigwerden d. i. Nachweiſen oder Vermitteln gerichtete Klagebegehren genügend ſubſtantiiert[2]), abgeſehen davon, daß nicht einmal alle kantonalen Prozeßordnungen der Schweiz die genaue Subſtantiierung des Klageantrags zwingend fordern; § 126 der Z. P. O. des Kantons Zürich vom 13. 4. 1913 iſt z. B. nur eine Sollvorſchrift. Ergeht aber ein Urteil gegen

[1]) Fick Vorbem. 5 vor Art. 412; Oſer Art. 412, Anm. 2b; Reichel S. 8; Ehrenberg S. 390.

[2]) Jacuſiel II, S. 51, ſ. oben Seite 32 Anm. 4 A. A., Oſer Art. 412 Anm. 2c. und Fick Vorbem. 8 vor Art 412 O. R.

den Mäkler, das auf Vornahme der Mäklertätigkeit lautet, so kann aus diesem Urteil nicht vollstreckt, sondern nur mit indirekten Zwangsmitteln gegen den Mäkler vorgegangen werden. Denn § 275 der Z. P. O. des Kantons Zürich — und nach anderen Ziv. Prov. Ordnungen ist es nicht anders[1]) — gibt nur die Möglichkeit, dem Schuldner eine Frist zu setzen, innerhalb der er bei Vermeidung von Rechtsnachteilen die geschuldete Handlung vornehmen soll. Weigert der Mäkler sich aber auch jetzt noch, tätig zu werden, so kann der Gläubiger nach § 376 Z. P. O. des Kantons Zürich nur Geldentschädigung verlangen. Die Vollstreckung wird der Auftraggeber regelmäßig auch schon deshalb nicht versuchen, weil eine erzwungene Mäklerarbeit wegen ihres Vertrauenscharakters für ihn keinen Wert hat.

Die übrigen Pflichten der Agenten und Mäkler sind dieselben wie nach deutschem Recht. Wesentliche Vergleichsmerkmale sind nicht gegeben, sodaß eine nähere Darstellung hier unterbleiben kann. Rechtsgrund für die allgemeine Sorgfaltspflicht des Agenten ist Art. 398 O. R. in Verbindung mit Art. 394 Abs. I O. R. Hiernach haftet der Agent für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Die getreue Ausführung schließt die Anwendung der gebotenen Sorgfalt in sich, ferner die Verpflichtung, verschwiegen zu sein, die Geschäftsgeheimnisse zu wahren, dem Vorteil des Geschäftsherrn stets vor seinem eigenen den Vorzug zu geben, dem Interesse des Geschäftsherrn nicht entgegen zu arbeiten und Situationen zu vermeiden, in welchen eine Kollision mit den Interessen seines Auftraggebers eintreten muß. Ein Konkurrenzverbot besteht auch nach schweizerischem Recht für den Agenten nicht; immerhin hat sich aber der Agent einer die Interessen des Geschäftsherrn unmittelbar schädigenden Konkurrenz zu enthalten.[2])

Für den Mäkler ist nach Art. 412 Abs. 2 O. R. ebenfalls Art. 398 O. R. der Rechtsgrund seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht; für ihn ergeben sich also die gleichen Einzelpflichten, wie für den Agenten. Ein gewisser Unterschied besteht jedoch hinsichtlich der Informationspflicht über die Solvenz des Gegenkontrahenten. Auch nach schweizerischem Recht muß der Agent entsprechend seiner engeren Bindung an den Geschäftsherrn, die eine gesteigerte Sorgfaltspflicht auslöst, auch über die Kreditwürdigkeit neuer Kunden, die er seinem Geschäftsherrn zuführen will, Erkundigungen einziehen und auch die Solvenz alter Kunden überwachen.[3]) Im übrigen gilt hinsichtlich der Ausgestaltung dieser Informationspflicht dasselbe wie

[1]) Oser Anm. V. zu Art. 97 O. R.

[2]) Gmür Art. 398 Anm. II.; Fick Art. 412 Anm. 15 und 16.

[3]) Bollag S. 166; Blatter S. 54/56; Albrecht-Tentler S. 2; Oser Art. 412, Anm. 4a; Fick Anm. 28—30.

im deutſchen Recht: Der Agent wird ihr nicht immer mit der Einholung von Auskünften bei Auskunftbüros gerecht werden, vielmehr wird der Agent häufig mehr tun und gegebenenfalls perſönlich an Ort und Stelle Erkundigungen einziehen und ſeinem Geſchäftsherrn dann das Ergebnis ſeiner Informationen mitteilen müſſen. Für die Richtigkeit ſeiner Informationen haftet der Agent auch nach ſchweizeriſchem Recht nicht, wenn er ſie mit der verkehrsüblichen Sorgfalt eingeholt hat. Eine Schadenserſatzpflicht tritt nur dann ein, wenn er ſeiner Sorgfaltspflicht nicht nachgekommen iſt oder die Delcrederehaftung ausdrücklich übernommen hat.

Der *Mäkler* des O. R. iſt dagegen grundſätzlich *nicht* verpflichtet, über die Solvenz des in Ausſicht genommenen Gegenkontrahenten Erkundigungen einzuziehen.[1]) Die Informationen bleiben dem Geſchäftsherrn überlaſſen, der in ſeiner Entſchließung, ob er den ihm vom Mäkler vorgeſchlagenen Vertrag mit dem Gegenkontrahenten abſchließen ſoll oder nicht, vollſtändig frei iſt und deshalb auch die Erkundigungen über die Solvenz des Gegenkontrahenten als Element des Abſchluſſes ſelbſt übernehmen muß. Wenn dem Mäkler danach auch nicht eine beſondere Informationspflicht obliegt, ſo hat er doch in Wahrung der Intereſſen des Auftraggebers alle dieſe ihm *bekannten* Umſtände, die auf den Vertragswillen des Auftraggebers von Einfluß ſein könnten, alſo auch die ihm bekannte Zahlungsunfähigkeit des Gegenkontrahenten, mitzuteilen, und ihn trifft eine Schadenserſatzpflicht, wenn er ſeinem Geſchäftsherrn bewußt einen zahlungsunfähigen Dritten zuführt.[2])

2. Von ihren Rechten

a. nach deutſchem Recht.

Zum Begriff des Handlungsagenten und Handelsmäklers gehört, wie oben dargelegt, daß ſie für ihre Tätigkeit entlohnt werden. Auch bei dem Gelegenheitsagenten und bei dem Civilmäkler wird die Entgeltlichkeit die Regel bilden (§ 653 B. G. B.). Das bedeutſamſte Recht der Agenten und Mäkler iſt alſo das Recht auf Proviſion, auf eine meiſt in Prozenten des Vertragswertes ausgedrückte Vergütung.[3]) Der Handlungsagent kann nach § 84 H. G. B. grundſätzlich für jedes zur Ausführung gelangte Geſchäft, das durch ſeine Tätigkeit zuſtande gekommen iſt, eine Proviſion verlangen. Es genügt danach nicht, daß ein Geſchäft, und zwar das vom Geſchäftsherrn beabſichtigte, durch die Tätigkeit des Handlungsagenten

[1]) Oſer Art. 412 Anm. 4a, Fick Anm. 28—30.

[2]) Suter S. 69, Eigenmann S. 64, Fick Art. II 12 Anm. 30, etwas weitergehend Gmür Anm. zu Art. 412.

[3]) Oſer Art. 412 Anm. 4b; jedoch iſt eine andere Art der Berechnung z. B. in einer Summe nicht ausgeſchloſſen.

zum Abſchluß gekommen iſt, es muß darüber hinaus auch ausgeführt ſein.

Die erſte Vorausſetzung für die Entſtehung des Proviſionsanſpruchs des Agenten iſt alſo, daß das vom Geſchäftsherrn beabſichtigte Geſchäft durch die Tätigkeit des Agenten zuſtande gekommen iſt; die Tätigkeit des Agenten muß alſo für den Abſchluß kauſal ſein. Auf das Maß der Tätigkeit des Agenten kommt es nicht an, er muß eine Bedingung zum Abſchluß geſetzt haben; es genügt deshalb, wenn ein Geſchäftsabſchluß auf ſeine Anregung zurückzuführen iſt. Streitig iſt zu dieſem Punkte beſonders, ob der Geſchäftsherr dem Agenten auch Proviſion auf ſogenannte Nachorders zu zahlen hat, d. h. eine Proviſion auch für ſolche Geſchäfte, die der Geſchäftsherr ohne direkte Vermittlung des Agenten mit einem Gegenkontrahenten abſchließt, den der Agent früher einmal ſeinem Geſchäftsherrn zugeführt hat. Auch dieſe Nachorders ſind während der Dauer des Agenturvertrages proviſionspflichtig; denn die Zuführung des Gegenkontrahenten in einem früheren Falle war auch kauſal für dieſe Nachbeſtellungen. Außerdem entſpricht es der Billigkeit, daß der Geſchäftsherr, dem der Agent dauernde Geſchäftsbeziehungen verſchafft hat, während der Dauer des Agenturvertrages für alle Geſchäfte mit Gegenkontrahenten, die ihm der Agent zugeführt hat, Proviſion zahlt.[1])

Mit Erfüllung der erſten Vorausſetzung, alſo mit dem Abſchluß des vorgeſchlagenen Vertrages durch den Geſchäftsherrn, iſt der Proviſionsanſpruch des Agenten bereits zur Entſtehung gelangt, allerdings nur unter der Rechtsbedingung, daß das abgeſchloſſene Geſchäft demnächſt auch ausgeführt wird.[2]) Der Abſchluß des Geſchäfts hängt von dem freien Ermeſſen des Geſchäftsherrn ab; er kann den Vertrag mit dem Gegenkontrahenten abſchließen, er kann aber auch die Gelegenheit zum Vertragsabſchluß unbenutzt laſſen. Ein Anſpruch darauf, daß der Geſchäftsherr den Proviſionsanſpruch zur Entſtehung bringen hilft, hat der Agent alſo nicht.[3]) Jedoch darf der Geſchäftsherr die Entſtehung des Proviſionsanſpruches nicht dadurch böswillig verhindern, daß er den Abſchluß des Vertrages zunächſt grundlos ablehnt, ſpäter aber ſich dann doch die Tätigkeit des Mäklers zunutze macht und mit demſelben Kontrahenten einen Vertrag gleichen Inhalts abſchließt. Auch in dieſem Falle war die Tätigkeit des Mäklers für den Vertragsabſchluß kauſal

[1]) Jacuſiel I, S. 66, Goldmann I, S. 412, Makower § 88 Anm. Ib, 2; a. A. Staub § 88 Anm. 2a, Albrecht-Tentler S. 107, O. L. G. Hamburg in Seuff. A. Bd. 68 S. 30, die die Nachorders für nicht proviſionspflichtig halten.

[2]) Staub Anm. 4 § 88, Jacuſiel I S 56, Mayer in „Recht" 1905 S. 429. R. G. J. W. 1911 758; O. L. G. Hamburg L. Z. 1915 S. 495.

[3]) Staub, § 88 Anm. 9.

und somit der Provisionsanspruch entstanden; evtl. Schadenersatzansprüche sind nach § 826 B. G. B. gegen den Geschäftsherrn gegeben.

Unter der weiteren Voraussetzung des Provisionsanspruches des Agenten, der Ausführung des durch die Tätigkeit des Agenten zustande gekommenen Vertrages, ist zu verstehen: der Eintritt des wirtschaftlichen Erfolges, der von der Tätigkeit des Mäklers erwartet wurde.[1]) Der beabsichtigte wirtschaftliche Erfolg ist regelmäßig die beiderseitige Erfüllung des Vertrages.[2]) Für den Verkaufsagenten geht dieses noch aus § 88 Abs. I, 2 H. G. B. hervor. Danach erhält der Verkaufsagent die Provision erst nach Zahlung des Kaufpreises durch den Gegenkontrahenten und bei Teilzahlung im Verhältnis zu den eingegangenen Beträgen. Die Zahlung des Kaufpreises erfolgt im Verkehr regelmäßig nach Lieferung der verkauften Waren, also erhält der Verkaufsagent regelmäßig die Provision nach beiderseitiger Erfüllung.

Wird das abgeschlossene Geschäft nicht ausgeführt, d. h. von beiden Parteien nicht erfüllt, so erhält der Agent regelmäßig keine Provision; ausgenommen ist jedoch der Fall des § 88 Abs. 2 H. G. B., wonach der Agent volle Provision zu fordern hat, wenn die Ausführung eines Geschäfts infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder teilweise unterblieben ist, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist. Es liegt also zwar im Ermessen des Geschäftsherrn, ob er das vom Agenten vermittelte Geschäft abschließen will;[3]) hat er aber das Geschäft abgeschlossen, so darf er nicht willkürlich[4]) die Ausführung des Geschäfts unterlassen. Hiermit ist gleichzeitig gesagt, daß bei Nichterfüllung in Fällen sogenannter höherer Gewalt, wie z. B. Streiks, Krankheit, Überschwemmung und Bränden, ein Provisionsanspruch des Agenten nicht zur Entstehung gelangt,[5]) wohl aber in den Fällen, wo die Nichterfüllung des Geschäftsherrn auf von ihm zu vertretender Unmöglichkeit[6]) oder seinem Unvermögen[7]) beruht. Auch dann hat der Agent Anspruch auf Provision, wenn der Geschäftsherr willkürlich die Erfüllung durch die Gegenseite verhindert oder hinausschiebt, wenn er z. B. dem Gegenkontrahenten den Kaufpreis willkürlich erläßt oder stundet oder wenn er das abgeschlossene Geschäft deshalb

---

[1]) Staub § 44 Anm. 3, Jacusiel I, Seite 57.
[2]) Makower § 88 I, c 1; Jacusiel I, Seite 57.
[3]) s. oben S. 42; Staub Vorbem. 17 zu § 84 H. G. B.
[4]) Jacusiel I, S. 60.
[5]) O. L. G. R. Bd. 32 S. 96 (Hamburg).
[6]) Jacusiel I, S. 60.
[7]) R. G. Bd. 74 S. 177.

nicht zur Ausführung kommen läßt, weil es ihm keinen Nutzen oder ſogar Nachteile bringt.[1])

Dagegen braucht der Geſchäftsherr außer in den Fällen höherer Gewalt, wie ſchon geſagt, die Proviſion nicht zu zahlen, wenn er die Ausführung des abgeſchloſſenen Geſchäfts aus wichtigen Gründen in der Perſon des Gegenkontrahenten unterläßt. Der Hauptfall dürfte der Fall der Kreditunwürdigkeit des Gegenkontrahenten ſein.

Für den Lohnanſpruch des Mäklers genügt als Vorausſetzung, daß ein Vertrag, der mit dem vom Geſchäftsherrn gewünſchten im weſentlichen hinſichtlich des wirtſchaftlichen Erfolges übereinſtimmt,[2]) infolge des Nachweiſes oder infolge der Vermittlung des Mäklers zuſtande gekommen iſt. Es bedarf alſo ſchon nach dem Wortlaut des § 93 H. G. B. mangels einer anderweitigen Abrede nicht wie beim Agenten der weiteren Vorausſetzung, daß der abgeſchloſſene Vertrag auch ausgeführt iſt.[3]) Der Proviſionsanſpruch kann natürlich auch beim Mäklervertrag von der Erfüllung des Vertrages ausdrücklich abhängig gemacht werden. Unterbleibt in dieſem Falle die Erfüllung des Geſchäfts, ohne daß den Geſchäftsherrn des Mäklers eine Verantwortung dafür trifft, ſo entfällt auch für den Mäkler der Proviſionsanſpruch in analoger Anwendung der für den Agenturvertrag getroffenen Regelung des § 88 H. G. B.[4])

Mag nun der Abſchluß des Geſchäfts als Vorausſetzung des Proviſionsanſpruches genügen oder das abgeſchloſſene Geſchäft auf Grund beſonderer Abrede auch ausgeführt ſein müſſen, — in jedem Falle muß der Abſchluß auf die Tätigkeit des Mäklers zurückzuführen ſein. Der Mäkler muß alſo in der Richtung des Vertrages poſitiv tätig geworden ſein. Ob der Nachweis genügte, hängt davon ab, ob es ſich um einen Civilmäkler oder Handelsmäkler handelt; letzterer muß regelmäßig mehr getan, muß den Abſchluß vermittelt haben.

Die Tätigkeit des Mäklers muß auch wie die des Agenten in urſächlichem Zuſammenhang mit dem Vertragsabſchluß ſtehen; der Vertrag muß *durch* die Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit zuſtande gekommen ſein. Zur Herſtellung des urſächlichen Zuſammenhanges zwiſchen der Tätigkeit des Mäklers und dem Zuſtandekommen des Vertrages genügt auch hier, daß der Mäkler beim Zuſtandekommen des Vertrages irgendwie mitgewirkt hat, eine Bedingung dazu geſetzt hat.[5]) Seine Tätigkeit braucht nicht einmal die

[1]) Dresden O. L. G. R. Bd. 22 S. 1; Breslau Bd. 32 S. 96.

[2]) Jacuſiel II, S. 115, Staub Vorbem. 33 zu § 93, Planck § 652 3b.

[3]) Reichel S. 65, Jacuſiel II, S. 125.

[4]) Jacuſiel S. 130, Plank § 652 3b, R. G. J. W. 1916 S. 1585. 1919 S. 449. R. G. Bd. 94, S. 134; R. G. R. K. § 652 2b.

[5]) Jacuſiel II, S. 105, Planck § 652 Anm. 3b; R. G. J. W. 1901, S. 90, 1922 S. 164; O. L. G. Rſpr. Bd. 4 S. 47 O. L. G. Dresden.

Hauptſache geweſen zu ſein und wird es auch regelmäßig dann nicht ſein, wenn ſich die Tätigkeit des Mäklers auf den bloßen Nachweis beſchränken durfte.

Ausgeſchloſſen iſt der Proviſionsanſpruch des Mäklers, wenn er dem Vertrage zuwider auch für den Gegenkontrahenten tätig geworden iſt (§ 654 B. G. B.) Wie oben erwähnt, geht aus dieſer Beſtimmung hervor, daß auch der Zivilmäkler grundſätzlich im Intereſſe beider Parteien tätig iſt, daß aber der Inhalt des konkreten Mäklervertrages in Abweichung von der Regel ergeben kann, daß der Mäkler nur für ſeinen Auftraggeber tätig werden darf. Verletzt er dieſe Vertragsbeſtimmung, ſo geht er nach § 654 B. G. B. ſeines Proviſionsanſpruchs verluſtig.

Iſt der vom Geſchäftsherrn angeſtrebte Vertrag infolge der Tätigkeit des Mäklers zuſtande gekommen, ſo iſt der Proviſionsanſpruch des Mäklers nicht von der weiteren Vorausſetzung abhängig, daß der zuſtandegekommene Vertrag auch ausgeführt wird.[1]) Im Einzelfalle kann jedoch auch, ohne daß der Proviſionsanſpruch ausdrücklich von der Erfüllung des Vertrages abhängig gemacht iſt, die Nichterfüllung durch die Gegenpartei den Anſpruch auf Proviſion vereiteln. Dies kommt darauf an, ob die Sorgfaltspflicht des Mäklers im konkreten Falle weiter als gewöhnlich ging, ob er insbeſondere, wenn die Nichterfüllung auf einer ſchon bei Abſchluß des Vertrages beſtehenden Inſolvenz des Gegenkontrahenten beruht, verpflichtet war, Erkundigungen über deſſen Vermögenslage einzuziehen und das Ergebnis ſeinem Geſchäftsherrn mitzuteilen. Dieſe weitergehende Sorgfaltspflicht muß jedoch dem Mäkler ausdrücklich auferlegt ſein, da er ſie grundſätzlich *nicht* hat.[2])

Iſt der Proviſionsanſpruch des Mäklers entſtanden, dann iſt Verpflichteter der Auftraggeber. Beim Agenturvertrag iſt in dieſem Sinne immer die Perſon, die den Agenten um Ausübung ſeiner Vermittlungstätigkeit angeht, der Auftraggeber. Nur in deſſen Intereſſe wird der Agent regelmäßig tätig. Im Gegenſatz dazu gilt bei der grundſätzlich objektiven Stellung des Mäklers (Handels- und Civilmäklers) dieſem gegenüber jede Partei als Auftraggeber.[3]) Beim Handelsmäklervertrag hat deshalb § 99 H. G. B. ausdrücklich beſtimmt, daß der Handelsmäkler im Zweifel von jeder Partei die halbe Proviſion verlangen kann. Nach der Beſtimmung des § 652 B. G. B. kann allerdings der Zivilmäkler nur von der Partei, die zuerſt an ihn herangetreten iſt, die Vergütung fordern, kann ſich

[1]) S. S. 44.
[2]) S. oben S. 35.
[3]) Wenn wir auch immer nur die Partei, die zuerſt an den Mäkler herantritt, als Auftraggeber bezeichnet haben.

aber nach § 654 auch von der Gegenpartei eine Vergütung verſprechen laſſen, ohne ſich damit grundſätzlich mit ſeinen Pflichten gegen seinen erſten Auftraggeber in Widerſpruch zu ſetzten.[1])

Daß der Agent als beſonders normierten Anſpruch nach § 91 H. G. B. von ſeinem Geſchäftsherrn bei der Abrechnung die Erteilung eines Buchauszuges fordern kann, iſt für das Agenturverhältnis charakteriſtiſch und dadurch gerechtfertigt, daß wegen der Dauerbeziehungen zwiſchen dem Agenten und dem Geſchäftsherrn die Zahl der für dieſen vermittelten Geſchäfte häufig groß iſt, ſodaß zur Gewinnung einer Überſicht die Erteilung eines Buchauszuges erforderlich iſt. Dieſes Recht ſchließt einen auf den Grundſätzen des § 810 B. G. B. beruhenden Anſpruch des Agenten auf Büchereinſicht nicht aus, ſofern er, z. B. bei Beſorgnis der Unvollſtändigkeit des Buchauszuges, ein rechtliches Intereſſe an der Büchereinſicht hat.[2]) Dazu hat der Agent noch das Recht, vom Geſchäftsherrn zur Verſicherung der Richtigkeit des Buchauszuges nach § 260 B. G. B. die Leiſtung eines materiellrechtlichen Offenbarungseides zu verlangen.[3])

Auch der Mäkler hat unter den gleichen Vorausſetzungen wie der Agent ein Recht auf Büchereinſicht, jedoch nicht einen Anſpruch auf Erteilung eines Buchauszuges in Verbindung mit dem Recht aus § 260 B. G. B. Die unterſchiedliche Behandlung des Agenten und Mäklers rechtfertigt ſich durch den Unterſchied in der zeitlichen Dauer des Agentur- und Mäklervertrages: Der Agenturvertrag iſt von längerer Dauer, die im Laufe der Zeit abgewickelten proviſionspflichtigen Geſchäfte werden zahlreich und unüberſichtlich ſein, nur ein Buchauszug des Geſchäftsherrn kann oft Klarheit bringen. Der Mäkler iſt dagegen von Fall zu Fall mit dem Nachweis oder der Vermittlung von Einzelgeſchäften oder einer Reihe von Einzelgeſchäften beauftragt. Die Gefahr einer Verwirrung beſteht hier nicht ſo ſehr wie beim Agenturvertrag, und deshalb erſcheint die Zubilligung eines Anſpruchs auf einen vom Geſchäftsherrn zu erteilenden Buchauszug nicht erforderlich.

Auch in der Frage des Aufwendungserſatzes ergibt ſich eine unterſchiedliche Behandlung von Agent und Mäkler: Der Mäkler kann nach § 652 Abſ. 2 B. G. B. grundſätzlich einen Erſatz der Aufwendungen (für Telegramme, Porti, Reklame, Reiſen) im Gegenſatz zum Beauftragten (§ 670 B. G. B.) und auch im gewiſſen Gegenſatz zum Agenten (§ 90 H. G. B.) nicht verlangen. Dieſe Aufwendungen ſind durch die Mäklerproviſion gedeckt. Dieſe

[1]) S. S. 10 und 37.
[2]) Jacuſiel I, S. 88; Staub § 91 Anm. 4; R. G. Bd. 87 S. 10.
[3]) Jacuſiel I, S. 85; Staub § 91 Anm. 4; O. L. G. Hamm O. L. G. R. Bd. 24 S. 128.

Vorſchrift hat jedoch dispoſitiven Charakter; der Handelsbrauch und die Parteiabrede, die dem Mäkler einen Erſatz ſeiner Aufwendungen zuſprechen, gehen der Vorſchrift des § 652 Abſ. 2 B. G. B. vor. Aber auch in dieſem Falle werden im Zweifel die Auslagen nur bei Zuſtandekommen des übertragenen Geſchäfts erſtattet.[1]) Anſtelle einer ausdrücklichen Parteivereinbarung kann auch eine ſtillſchweigende treten, die dann anzunehmen iſt, wenn der Geſchäftsherr dem Mäkler einen Koſtenvorſchuß erteilt.

Zum Unterſchied vom Mäkler hat der Agent nur die im *regelmäßigen* Geſchäftsbetrieb entſtandenen Unkoſten *ſelbſt* zu tragen. Zu dieſen rechnen insbeſondere: Porti, Depeſchenſpeſen, Reiſekoſten, Geſchäftsmiete, Lagerkoſten, Fracht für Muſterkoffer und regelmäßig die Reklamekoſten.[2]) Die außerordentlichen Auslagen z. B. des Warenagenten zum Schutze der Waren gegen ungewöhnliche Gefahr[3]), die Aufwendungen des Verſicherungsagenten zur Rettung der verſicherten Gegenſtände[4]) oder Koſten für außergewöhnliche, auf Wunſch des Geſchäftsherrn gemachte Reiſen[5]) müſſen dem Agenten erſetzt werden.

Daß der Agent die außergewöhnlichen Auslagen erſetzt verlangen kann, gilt nur mangels einer abweichenden Parteiabrede oder eines entgegenſtehenden Handelsbrauchs, der je nach Handelsgebiet und Handelsbranche verſchieden iſt.[5a]) Es wird in der Regel aber auf die Parteivereinbarung ankommen, die dem Agenten in manchen Fällen einen feſten Betrag als Pauſchalſumme für die Unkoſtenerſtattung zubilligt. Dieſe Pauſchalſumme iſt dann aber nur auf die regelmäßigen Unkoſten anzurechnen, die beſonderen bleiben nebenher erſtattungsfähig.[6])

b) nach ſchweizeriſchem Recht.

Im ſchweizeriſchen Recht gilt für die Rechte der Agenten und Mäkler im weſentlichen nichts anderes als im deutſchen Recht. Das wichtigſte Recht iſt natürlich auch hier ihr Recht auf Vergütung für die Leiſtung ihrer Dienſte, ihr Anſpruch auf Proviſion. Die Vorausſetzungen des Proviſionsanſpruches ſind wie nach deutſchem Recht, ſo auch nach ſchweizeriſchem Recht für Agenten und Mäkler verſchieden geſtaltet. Spezielle Vorſchriften über den Proviſionsanſpruch des Agenten enthält das ſchweizeriſche Recht nicht; die Judikatur der Schweiz hat deshalb die den Proviſionsanſpruch des

[1]) Staub Vorbem. vor § 93 Anm. 15, Celle O. L. G. R. Bd. 14 S. 29.
[2]) Staub § 90 Anm. 1 und die dort angezogene Literatur.
[3]) Denkſchrift S. 35.
[4]) Denkſchrift S. 78.
[5]) O. L. G. Kolmar L. Z. 1909, S. 160.
[5a]) Albrecht-Tentler, S. 144.
[6]) Staub § 90 Anm. 3.

Kommiſſionärs regelnden Vorſchriften des Art. 432 Abſ. 1 O. R., die für den Proviſionsanſpruch des Agenten dieſelben Grundſätze aufſtellen wie § 88 Abſ. 1 und Abſ. 2 für den Handlungsagenten des deutſchen Rechts, für ſinngemäß anwendbar erklärt.[1]) Der Handelsbrauch der Schweiz ſtimmt mit dem Inhalt dieſes Artikels überein.[2]) Gleichzeitig geben die auch ſonſt für den Agenten des ſchweizeriſchen Rechts analog angewendeten Beſtimmungen des deutſchen Rechts die gleichen Grundſätze an. Danach iſt Vorausſetzung für die Entſtehung des Proviſionsanſpruches des Agenten, daß er ſich um einen Vertragsabſchluß bemüht hat und daß ein vom Geſchäftsherrn gewünſchtes Geſchäft auf Grund ſeiner Bemühungen zuſtande gekommen und ausgeführt iſt. Aber ſchon mit dem Zuſtandekommen des Vertrages iſt ebenſo wie nach deutſchem Recht der Proviſionsanſpruch des Agenten zur Entſtehung gelangt, allerdings unter der Bedingung, das der zuſtande gekommene Vertrag demnächſt auch ausgeführt wird[3]). Erſt mit Eintritt dieſer Rechtsbedingung kann der Agent die Auszahlung der Proviſion verlangen. Auf das Maß der vom Agenten entwickelten Tätigkeit kömmt es auch nach ſchweizeriſchem Rechte nicht an; ſie muß nur eine der Bedingungen des Abſchluſſes geweſen ſein. Unter Umſtänden kann der bloße Nachweis den Proviſionsanſpruch zur Entſtehung bringen[4]), wenn ohne den bloßen Hinweis des Agenten auf den abſchlußbereiten Gegenkontrahenten oder ein dem Geſchäftsherrn paſſendes Vertragsobjekt der Vertrag nicht zuſtande gekommen wäre.

Zuſtandegekommen iſt der Vertrag, wenn die allgemeinen Gültigkeitsvorausſetzungen für den Abſchluß von Verträgen erfüllt ſind. Iſt ein Vertrag nichtig oder für eine Partei wegen Irrtums, Täuſchung oder Zwanges unverbindlich[5]), ſo iſt der Vertrag nicht zuſtande gekommen und der Anſpruch des Agenten auf Proviſion nicht entſtanden. Wenn der bloße Konſens nicht genügt, ſondern der Vertragsſchluß einer Formvorſchrift unterſtellt iſt, gehört zum Abſchluß des Vertrages auch die Erfüllung dieſer Formvorſchrift.[6])

Das Zuſtandekommen des Vertrages hängt, abgeſehen von der Erfüllung der Rechtsgültigkeitsvorausſetzungen, auch nach ſchweizeriſchem Recht von dem freien Ermeſſen des Geſchäftsherrn ab.[7]) Der Agent hat auch nach O. R. gegenüber dieſem freien

[1]) E. B. G. Bd. 40 II, 392, Bd. 29, II 109.
[2]) Blatter S. 66.
[3]) Oſer Art. 413 Anm. 2a, Bollag S. 167.
[4]) Blatter S. 67 und die dort zitierte Entſcheidung Bl. Zür. Bd. 10 Nr. 36.
[5]) Die einſeitige Unverbindlichkeit des O. R. entſpricht der Anfechtung eines Vertrages nach deutſchem Recht.
[6]) Suter S. 57.
[7]) Fick Art. 412 Anm. 59, 60, B. G. E. 27, 2, 473.

Ermeſſen des Geſchäftsherrn keinen Anſpruch darauf, daß dieſer durch die Vornahme des Abſchluſſes den Proviſionsanſpruch des Agenten zur Entſtehung bringen hilft. Jedoch darf dieſer — was auch für das deutſche Recht gilt — wider Treu und Glauben nach Art. 150 O. R. den Proviſionsanſpruch des Agenten nicht dadurch vereiteln, daß er das Geſchäft zunächſt grundlos ablehnt, ſpäter aber ſich dann die Tätigkeit des Agenten zunutze macht und unter Umgehung des Agenten das Geſchäft mit dem Gegenkontrahenten abſchließt. Der Proviſionsanſpruch des Agenten iſt auch in dieſem Falle wegen Vorliegens der Kauſalität ſeiner Tätigkeit entſtanden. Unter der die Auszahlung der Proviſion bedingenden Ausführung des Vertrages iſt regelmäßig wie im deutſchen Recht die Erledigung des Vertragszweckes, alſo die beiderſeitige Erfüllung zu verſtehen. Wird der Vertrag nicht von beiden Seiten erfüllt, ſo kommt die Proviſion nicht zur Auszahlung, aber eine Einſchränkung iſt auch hier wie im deutſchen Recht analog den Beſtimmungen des § 88 Abſ. 2 H. G. B. und Art. 432 Abſ. 1 O. R. zu machen: Die Abhängigmachung des Proviſionsanſpruches von der Ausführung des Vertrages ſoll nämlich eine Sicherung des Geſchäftsherrn bedeuten; der Agent ſoll dem Geſchäftsherrn nur erfüllungswillige und leiſtungsfähige Gegenkontrahenten zuführen, deshalb iſt mit der Leiſtung des Gegenkontrahenten der wirtſchaftliche Zweck der Verlegung des Termins zur Auszahlung der Proviſion erreicht und die Proviſion auszuzahlen, wenn der Gegenkontrahent erfüllt, z. B. den Kaufpreis geleiſtet hat. Der Geſchäftsherr ſelbſt braucht noch nicht erfüllt zu haben, ſeine Nichterfüllung darf aber nicht durch wichtige Gründe in der Perſon des Gegenkontrahenten veranlaßt ſein. Dieſe zum Schutze des wirtſchaftlich Schwächeren, des Agenten getroffene Beſtimmung hat allgemeine Bedeutung und auch Geltung für den Agenturvertrag nach ſchweizeriſchem Recht. Es wäre unbillig, wenn der Auftraggeber, der wirtſchaftlich Stärkere, durch Nichterfüllung oder Verzögerung der Erfüllung die Auszahlung der Proviſion an den Agenten willkürlich vereiteln oder hinausſchieben könnte.

Auch der Mäklervertrag iſt ein entgeltlicher Vertrag und der Hauptanſpruch des Mäklers iſt der Anſpruch auf Proviſion, der in Artikel 412 O. R. begründet iſt. Nach dieſer Beſtimmung kann der Mäkler für den Nachweis der Gelegenheit zum Abſchluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages von ſeinem Auftraggeber eine Vergütung verlangen. Die Vorausſetzung für den Lohnanſpruch des Mäklers iſt demnach folgende: Es muß zwiſchen dem Auftraggeber des Mäklers und einem Dritten auf Grund der Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit des Mäklers ein den Wünſchen des Geſchäftsherrn entſprechender Vertrag zuſtande

gekommen sein. Im Augenblicke des Zustandekommens wird der Provisionsanspruch des Mäklers existent, und zwar anders als beim Agenten ohne die weitere Rechtsbedingung, daß der abgeschlossene Vertrag demnächst auch ausgeführt wird. Der Ausführung bedarf es also nicht[1]), und die Provision ist deshalb mit Zustandekommen des Vertrages zwischen Geschäftsherrn und Dritten an den Mäkler auszuzahlen. Der Provisionsanspruch kann jedoch durch Parteiabrede an bestimmte Voraussetzungen, also auch an die Ausführung des Vertrages, geknüpft werden.

Ob der Geschäftsherr den vom Mäkler nachgewiesenen oder vermittelten Vertrag abschließen und damit den Provisionsanspruch des Mäklers zur Entstehung bringen will, steht beim Mäklervertrage des schweizerischen Rechts ebenso wie beim Agenturvertrage des schweizerischen Rechts und dem Agentur- und Mäklervertrage des deutschen Rechts in seinem Ermessen.[1]a) Jedoch gilt auch hier: Der Provisionsanspruch des Mäklers gelangt auch dann zur Entstehung, wenn der Nichtabschluß darauf zurückzuführen ist, daß der Geschäftsherr den Mäkler arglistig um seinen Provisionsanspruch bringen will;[2]) dieses folgt auch aus Art. 150 O. R., wonach eine Bedingung, deren Eintritt wider Treu und Glauben verhindert wurde, dennoch als eingetreten gilt.[3])

Hinsichtlich des Anspruches auf Aufwendungsersatz gilt für den Agenten des schweizerischen Rechts in analoger Anwendung des § 90 B. G. B. dasselbe wie für den deutschen Agenten: Die ihm im regelmäßigen Geschäftsbetrieb erwachsenden Auslagen und Unkosten sind ihm, gleichgültig ob das beabsichtigte Geschäft zustande gekommen ist oder nicht, nicht zu ersetzen,[4]) wenn dem eine besondere Parteiabrede oder ein Handelsbrauch nicht entgegensteht.

Der Handelsbrauch gewährt dem Agenten diesen Anspruch regelmäßig nicht, deshalb findet auch die Bestimmung des Art. 402 O. R., der dem Beauftragten einen Anspruch auf Erstattung seiner Auslagen gewährt, auf den Agenturvertrag keine analoge Anwendung, ebenso wenig wie die Regeln des Mäklervertrages in Art. 413 Abs. 3 O. R. und der Kommission in Art. 431, da diese Bestimmungen mit dem Handelsbrauch nicht übereinstimmen.[5]) Daß dem Agenten die gewöhnlichen Auslagen nicht ersetzt werden, entspricht seiner selbständigen Stellung und der Unabhängigkeit seines Gewerbebetriebes. Durch einen weitgehenden Spesenersatz würde das Verhältnis des Agenten zum Geschäftsherrn sich dem des reisenden

[1]) Oser Art. 413 O. R. Anm. 2a, Fick Art. 413 A. 38.

[1]a) Fick Vorbem. 11 vor 412.

[2]) S. oben Seite 43 und R. G. J. W. 1922, S. 487 Nr. 9. Fick Art. 413 Anm. 39 und 50. E. B. G. 26, 2, 250; 29. 2. 112.

[3]) Fick Art. 412 O. R. Anm. 41, Art. 413 Anm. 77.

[4]) A. A. Oser Art. 413 Anm. 3.

[5]) Blatter, S. 87/88.

Handlungsgehülfen zum Prinzipal angleichen. Der Agent müßte sich bei weitgehendem Spesenersatz eine gesteigerte Kontrolle seiner Auslagen und seiner Tätigkeit durch den Geschäftsherrn gefallen lassen, seine Unabhängigkeit zum Teil aufgeben und würde sich wenig mehr vom unselbständigen Handlungsgehülfen unterscheiden.

Im Gegensatz zu den im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandenen Unkosten, die allgemeinen Charakter tragen, stehen die besonderen, die außergewöhnlichen Unkosten. Hinsichtlich dieser dürfte auch dem Agenten nach schweizerischem Recht entsprechend der Regelung des deutschen Rechts ein Ersatzanspruch zustehen.[1])

Dem Unkostenerstattungsanspruch des schweizerischen Mäklers sind noch engere Grenzen gezogen als dem des Agenten: Nach Artikel 413 O. R. hat der Mäkler — wie nach § 652 B. G. B. — grundsätzlich keinen Anspruch auf Erstattung seiner Auslagen, auch nicht der außerordentlichen; die Unkosten erscheinen also auch nach schweizerischem Recht als durch die Mäklerprovision abgegolten.[2]) Der Erstattungsanspruch besteht nur dann, wenn der Ersatz der Unkosten besonders vereinbart ist. Diese Zusicherung gilt kraft der positiven Vorschrift des Art. 413 Abs. 3 O. R. auch dann, wenn das Geschäft nicht zustande gekommen ist. Das Versprechen des Auslagenersatzes kann auch stillschweigend erfolgen z. B. durch Leistung eines Unkostenvorschusses.[3]) Diese vom schweizerischen Recht vorgenommene unterschiedliche und günstigere Behandlung des Mäklers hat darin ihre Berechtigung, daß der Mäkler nach schweizerischem Recht zur Tätigkeit verpflichtet ist, also tätig werden und u. U. Aufwendungen machen muß.[4])

[1]) S. dazu oben Seite 46/47.
[2]) Oser Art. 413 Anm. 3.
[3]) Oser Art. 413 Anm. 3.
[4]) Hartrath Seite 60.

V. Die rechtliche Konſtruktion der beiden Verträge

a. nach deutſchem Recht.

In Vorſtehendem haben wir den Inhalt des Agentur- und Mäklervertrages, ſoweit er für unſere Differenzial-Diagnoſe von Bedeutung iſt, behandelt. Der Inhalt eines Vertrages iſt allein beſtimmend für ſein Weſen, für ſeine rechtliche Charakteriſierung, ſodaß nunmehr auch die Frage nach dem Weſen und der rechtlichen Natur des Agentur- und Mäklervertrages zur Beantwortung kommen kann.[1])

Dieſe Frage war für beide Verträge immer umſtritten. Der Streit um die rechtliche Natur des Agenturvertrages iſt ſeit dem Inkrafttreten des B. G. B. verebbt. Das B. G. B., das inſoweit zur Anwendung kommt, als das H. G. B. keine Beſtimmungen gibt, enthält zwar keine ausdrückliche Anordnung darüber, zu welcher Kategorie von Verträgen der Agenturvertrag gehört. Man[2]) hat angenommen, daß er zu den Werkverträgen zu rechnen ſei, da die Zahlung der Proviſion vom Erfolg abhängig gemacht ſei. Auf die Geſtaltung der Vergütung kommt es jedoch beim Werkvertrag nicht an, maßgebend iſt vielmehr der Gegenſtand der Verpflichtung. Verpflichtet ſich jemand zur Herbeiführung eines über die Tätigkeit als ſolche hinausgehenden Erfolges in der Weiſe, daß ein Ausbleiben gleichbedeutend mit der Nichterfüllung des Vertrages iſt, ſo liegt nach herrſchender Meinung ein Werkvertag vor. Verpflichtet ſich jedoch jemand zu einer bloßen Dienſtleiſtung, die als ſolche vielleicht zur Erzielung eines beſtimmten Erfolges geeignet iſt, ohne daß aber die Erreichung des Erfolges Vertragsinhalt wäre, ſo liegt ein Dienſtvertrag vor, auch wenn eine Vergütung nur für den Fall zugeſagt iſt, daß der Erfolg eintritt. In dieſem Sinne iſt auch der Agenturvertrag als Dienſtvertrag zu bezeichnen. Auch der Agent verpflichtet ſich nur, tätig zu werden, beſtimmte Bemühungen zur Erreichung eines beſtimmten Erfolges aufzuwenden. Der Erfolg ſelbſt, der Vertragsſchluß liegt nicht in ſeiner Hand, er iſt in das Belieben ſeines Geſchäftsherrn geſtellt; deshalb kann ſich der Agent vernünftigerweiſe auch nicht zur Erreichung des Erfolges verpflichten.[3])

[1]) Das Weſen des Agentur- und Mäklervertrages haben wir — wie alle Punkte dieſer Arbeit — nur ſoweit behandelt, als es für unſere Differenzialdiagnoſe nötig war. Eine ausführliche Behandlung aller Streitfragen, die übrigens von anderen ausgiebig vorgenommen iſt, hätte nur dann zu erfolgen brauchen, wenn das Thema gelautet hätte: „Das Weſen des Agentur- und Mäklervertrages."

[2]) Makower bis zur 12. Auflage, ſeit der 13. Auflage anders.

[3]) Ehrenberg, Seite 13 14.

Der Natur des Agenturvertrages als einer selbständigen, im Interesse eines anderen vorgenommenen wirtschaftlichen Tätigkeit würde eine Unterordnung unter die Grundsätze des Mandats mehr entsprechen. Das Mandat ist jedoch in Anlehnung an das römische und gemeine Recht ein unentgeltlicher Vertrag und deshalb die Unterordnung des entgeltlichen Agenturvertrages unter die Grundsätze des Mandats nicht möglich. Jedoch hat der Gesetzgeber in Erkenntnis dessen, daß viele entgeltliche Verträge Mandatscharakter haben, gleichsam als Verlegenheitslösung den § 675 in das B. G. B. eingefügt, nach dem Dienstverträge und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung, also eine selbständige entgeltliche und im Interesse eines anderen vorgenommene wirtschaftliche Tätigkeit zum Gegenstande haben, z. T. nach Mandatsgrundsätzen zu behandeln sind. Man bezeichnet deshalb allgemein den Agenturvertrag als Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.[1])

An dieser Charakterisierung hindert auch nicht, daß der Agent selbständiger Gewerbetreibender ist; denn nur der einfache Dienstvertrag, nicht aber der Geschäftsbesorgungs-Dienstvertrag im Sinne von § 675 B. G. B. setzt ein Unterordnungsverhältnis voraus.[2]) Aus der Unterstellung dieser Verträge unter die Grundsätze des Auftrags und der Bezeichnung „Geschäftsbesorgung" geht vielmehr hervor, daß der Dienstverpflichtete im Geschäftsbesorgungsdienstvertrag eine selbständige Stellung wie der Auftraggeber selbst einnimmt.

Während diese Charakterisierung des Agenturvertrages wenig Widerspruch erfahren hat, gehen die Meinungen über die rechtliche Natur des Mäklervertrages auch heute noch weit auseinander. Der Streit dreht sich in der Hauptsache darum und kann nur darum gehen,[3]) ob der Mäklervertrag ein Dienstvertrag oder Werkvertrag oder keines von beiden, sondern ein „contractus sui generis" ist. Für die Einordnung ist zunächst von Bedeutung, ob es sich um einen zweiseitigen oder gegenseitigen Vertrag handelt,[4]) denn nur im letzten Falle kann überhaupt eine Unterordnung unter die Bestimmungen

---

[1]) Staub § 84 Anm. 4b, Goldmann I, S. 401, Dür. Hach. Vorbem. vor § 84 Anm. 3, Albrecht-Tentler S. 21, Immerwahr § 3 unter eingehend begründeter Ablehnung anderer Konstruktionen.

[2]) Ehrenberg S. 14, Jacusiel I, S. 11.

[3]) Ein Auftrag kann er nicht sein, weil er entgeltlich ist und ein Gesellschaftsvertrag deshalb nicht, weil Auftraggeber und Mäkler weder einen gemeinsamen Zweck verfolgen, noch sich gegenseitig verpflichten, im Sinne dieses Vertrages tätig zu sein. Reichel, S. 9 ff. R. G. Bd. 9547 J. W. 05. S. 73. Ohlg R 22/224.

[4]) Es handelt sich nicht etwa um eine einseitige Verpflichtungserklärung des Auftraggebers nach Art der Auslobung. Reuling (Gruch. Bd. 40, S. 208), der immer als Hauptvertreter dieser Ansicht aufgeführt wird, betont den Vertragscharakter und nur die Aehnlichkeit mit der Auslobung. (Ehrenberg S. 360.)

des Dienſt- oder Werkvertrages, die gegenſeitige Verträge ſind, in Frage kommen.

Der Mäklervertrag iſt kein gegenſeitiger Vertrag; denn weder iſt der Mäkler zur Tätigkeit oder zur Herbeiführung eines Erfolges noch der Auftraggeber ſchlechthin zur Zahlung des Mäklerlohnes verpflichtet. Dieſe Verpflichtung entſteht für den Geſchäftsherrn erſt dann, wenn der Mäkler freiwillig tätig wird und auf Grund ſeiner freiwilligen Tätigkeit ein in das Ermeſſen des Geſchäftsherrn geſtellter Vertragsabſchluß zuſtande gekommen iſt. Daß der Mäklervertrag ein gegenſeitiges Vertrauensverhältnis zwiſchen Auftraggeber und Mäkler begründet, auch ſchon bevor der Mäkler tätig wird, und daß aus dieſem Vertrauensverhältnis ohne Rückſicht auf das Beſtehen einer Hauptverpflichtung für beide Teile Rechte und Pflichten entſpringen, hat für die Beurteilung der rechtlichen Natur des Mäklervertrages keine Bedeutung, da es ſich nur um Nebenrechte und Nebenpflichten handelt. Auf den Mäklervertrag finden daher die für gegenſeitige Verträge aufgeſtellten Beſtimmungen der §§ 320 ff. B. G. B. keine Anwendung. Der Mäklervertrag ſteht den gegenſeitigen Verträgen nur nahe.[1]) Da es ſich nicht um einen gegenſeitigen Vertrag handelt, ſcheidet die Unterordnung des Mäklervertrages unter den Dienſtvertrag oder Werkvertrag aus, da dieſe gegenſeitige Verträge ſind. Ein gegenſeitiger Vertrag iſt er jedoch bei ausdrücklicher Uebernahme der Verpflichtung zum Tätigwerden.[2])

Der Mäklervertrag kann alſo nur ein „contractus sui generis" ſein, ein eigenartiger Vertrag, nach dem der Mäkler für einen anderen, ohne in deſſen dauernden Dienſten zu ſtehen und ohne zur Uebernahme einer Tätigkeit verpflichtet zu ſein, es übernimmt, die Gelegenheit zum Abſchluß eines Vertrages nachzuweiſen oder eines ſolchen zu vermitteln, der andere aber verpflichtet wird, wenn durch die Tätigkeit des Mäklers ein Vertrag zuſtande kommt, einen Lohn dafür zu zahlen.[3]) Dieſer „contractus sui generis" iſt, wie ſchon dieſe Bezeichnung beſagt, keiner anderen Vertragskategorie einzuordnen. Das B. G. B. hat dieſes auch dadurch angedeutet, daß es dem Mäklervertrag einen beſonderen Titel zugewieſen und ihn damit als ſelbſtändigen Vertrag neben den anderen mit eigenem Titel und damit neben dem Dienſt- und Werkvertrag behandelt hat.

Der Mäklervertrag verändert ſein Weſen als „contractus sui generis" auch nicht, wenn der Mäkler ausdrücklich und gegen die Regel eine Tätigkeitspflicht übernimmt oder für den Erfolg ſeiner Tätigkeit garantiert. Der Mäklervertrag wird dadurch nicht zum

[1]) Planck I, § 652 B. G. B. Vorbem. IV. ff. und V. 4 a; Jacuſiel II, S. 19; R. G. J. W. 1911 S. 758; K. G. in K. G. Bl. 1910 S. 62 und 95.

[2]) S. S. 55 oben.

[3]) R. G. R. K. § 652 Anm. I.

Dienſt- bezw. Werkvertrag, obwohl es dann ein gegenſeitiger Vertrag iſt.[1]) Dieſe ſogenannten Mäklerdienſt- und Mäklerwerkverträge nähern ſich wohl in manchen Beziehungen den reinen Dienſt- und Werkverträgen, bleiben aber Mäklerverträge. Die beſondere Verpflichtungsübernahme ſtellt nur einen nach Dienſt- bezw. Werkvertragsrecht zu behandelnden, mit dem Mäklervertrag verbundenen Nebenvertrag dar, für den insbeſondere § 652 B. G. B. nicht gilt.[2])

b. nach ſchweizeriſchem Recht.

Beſtimmend für die rechtliche Natur des Mäklervertrages nach ſchweizeriſchem Recht iſt Art. 394 O. R., wonach Verträge über Arbeitsleiſtungen, die keiner beſonderen im O. R. geregelten Vertragsart unterſtellt ſind, unter den Vorſchriften über den Auftrag ſtehen.[3]) Der Agenturvertrag hat im ſchweizeriſchen Obligationsrecht keine beſondere Regelung gefunden, einer anderen ſpeziellen Vertragsart des O. R. iſt er auch nicht unterſtellt. Als ſolche beſondere Vertragsart könnte der Dienſtvertrag Art. 319 bis 362 des O. R. in Frage kommen wegen der Ähnlichkeit der Begriffe „Agent" und „Dienſtverpflichteter", die es oft ſchwer macht, die Grenze zwiſchen Agenten und Dienſtverpflichteten zu ziehen. Durch den Dienſtvertrag übernimmt der Dienſtverpflichtete auf beſtimmte oder unbeſtimmte Zeit die Leiſtung von Dienſten und der Dienſtherr als Gegenleiſtung die Entrichtung des Lohnes. Das trifft an und für ſich auch auf den Agenturvertrag zu; jedoch unterſcheidet ſich der Agent vom Dienſtverpflichteten in einem wichtigen Punkte, nämlich durch ſeine Selbſtändigkeit. Der Dienſtverpflichtete ſteht in einem Unterordnungsverhältnis zu ſeinem Prinzipal, und dieſes iſt ein weſentliches Begriffsmerkmal des Dienſtvertrages nach O. R., das eine dem § 675 B. G. B. entſprechende Beſtimmung nicht kennt.[4]) Auch erhält der Agent nicht wie der Dienſtverpflichtete einen Lohn für geleiſtete Dienſte ohne Rückſicht auf den Erfolg, ſondern er bezieht eine Agentenproviſion als Entgelt für einen Erfolg, der im Zuſtandekommen des von ihm vermittelten Vertrages beſteht.

Die Kommentare von Fick (Anm. 32 zu Art. 412 O. R.) und Gmür (zu Art. 394) halten den Agenturvertrag dann für einen Dienſtvertrag, wenn der Agent ſeine Kraft ausſchließlich in die

[1]) Siehe Vorſeite, Anm. 1 und 2.

[2]) Staub, Vorbem. vor § 93 H. G. B. Anm. 2, Planck § 652 Vorbem. III, Coſack B. R. Bd. I § 152, R. G. R. K. § 652 Anm. 1, R. G. J. W. 1915 S. 1351 Nr. 2, Jacuſiel II, S. 20, Ehrenberg S. 360, Oertmann Vorbem. vor 652 Anm. 2.

[3]) Gmür zu § 394 S. 531.

[4]) Blatter S. 24/25. Wegen der Bedeutung des § 675 B. G. B. für die Charakteriſierung des Agenturvertrages nach deutſchem Recht ſ. S. 53.

Dienſte *eines* Auftraggebers ſtellt und für andere nicht vermittelt. Dieſe „Agenten" würden ſich von Dienſtverpflichteten in dem Hauptunterſcheidungsmerkmal der Selbſtändigkeit und Unabhängigkeit nicht mehr unterſcheiden. Sie würden ſich mit der dauernden Bindung an *einen* Auftraggeber ihrer Selbſtändigkeit und damit einer begrifflichen Eigenſchaft begeben; ſie würden keine Agenten mehr ſein, ſondern Dienſtverpflichtete innerhalb eines Dienſtvertrages.[1])

Der Agenturvertrag iſt alſo, wenn es ſich tatſächlich um einen ſolchen handelt, dem Dienſtvertrage und dann erſt recht einer anderen ſpeziellen Vertragsart des O. R. nicht zu unterſtellen; deshalb ſind nach Art. 394 Abſ. 2 O. R. die allgemeinen Auftragsregeln auf ihn anzuwenden. Mit der Anwendung der Mandatsgrundſätze ſteht die begriffliche Entgeltlichkeit des Agenturvertrages nicht in Widerſpruch, da das ſchweizeriſche O. R. im Gegenſatz zum römiſchen und gemeinen und zum geltenden deutſchen Recht den Grundſatz „mandatum niſi gratuitum nullum eſt" nicht kennt. Art. 394 Abſ. 3 O. R. beſtimmt nämlich, daß dem Beauftragten eine Vergütung zu zahlen iſt, wenn ſie verabredet oder üblich iſt. Dadurch wird im ſchweizeriſchen Recht das Anwendungsgebiet des Auftrags gegenüber dem deutſchen Recht weſentlich erweitert: Die Auftragsregeln ſind auf alle im O. R. nicht beſonders geregelten oder nicht mit einem anderen geſetzlichen Vertragstypus nahe verwandten Vertrage — entgeltlichen und unentgeltlichen — ſinngemäß anzuwenden. Dieſe werden damit zu Unterarten des Auftrags.

Wenn wir hervorheben, daß die Anwendung der Auftragsregeln ſinngemäß erfolgen muß, ſo bedeutet das eine gewiſſe Einſchränkung; weil nämlich nicht alle unbenannten Verträge gleichen Inhalts ſind, können auch nicht alle Auftragsregeln ſchematiſch und ohne jede Abänderung auf dieſe unbenannten Verträge angewendet werden.[2]) Dem Weſen des Agenturvertrages widerſpricht am meiſten die für den Auftrag in Art. 404 O. R. geregelte freie Widerruflichkeit des Mandats, die allerdings vom Geſetzgeber durch die Verpflichtung des Auftraggebers zum Schadenerſatz im Falle des Widerrufs zur Unzeit eingeſchränkt iſt (Art. 404, Abſ. 2 O. R.) Aber trotz dieſer Einſchränkung bleibt genug, um die freie und jederzeitige Widerruflichkeit des Agenturvertrages als mit der Parteiabſicht in Widerſpruch ſtehend zu bezeichnen. Die Parteien wollen durch den Agenturvertrag ein feſtes Verhältnis von längerer Dauer bis zur „Ständigkeit" begründen; deshalb ſind in dieſem Punkte, in dem ſich Dienſtvertrag und Agenturvertrag gleichen, die

[1]) Blatter S. 24 25.
[2]) S. auch Oſer Art. 412 O. R. Anm. 2 c.

Beſtimmungen des Dienſtvertrages über die Kündigung (Artikel 350 bis 353 O. R.) analog anwendbar.[1])

Ein weiterer Unterſchied des Mandats vom Agenturvertrag ergibt ſich im Punkte des Verwendungserſatzes: Der Beauftragte kann nach Art. 402 O. R. von dem Auftraggeber Erſatz der Auslagen und Verwendungen, die er in Ausführung des Auftrags gemacht hat, verlangen. Der Agent hat nach Handelsbrauch dieſen Anſpruch nicht; ſeine Auslagen und Verwendungen ſind mit der Proviſion abgegolten. Sie ſind ihm nur bei beſonderer Parteiabrede zu erſetzen.[2])

Weitere weſentlichen Unterſchiede beſtehen nicht; die beſtehenden rechtfertigen jedoch die Bezeichnung des Agenturvertrages als „contractus ſui generis", der im weſentlichen jedoch den allgemeinen Auftragsregeln unterſtellt iſt, alſo eine Unterart des Auftrags und damit ein gegenſeitiger Vertrag iſt.[3])

Die Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur des Mäklervertrages kann für das ſchweizeriſche Recht nicht ſchwierig ſein, nachdem wir oben für das O. R. die Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden bejaht haben. Dieſer Pflicht zum Tätigwerden ſteht auf Seiten des Auftraggebers die Lohnzahlungspflicht als Gegenleiſtung gegenüber, ſodaß es ſich bei dem Mäklervertrag des O. R. zunächſt einmal um einen gegenſeitigen Vertrag handelt.

Die Bejahung der Tätigkeitspflicht des Mäklers haben wir mit der herrſchenden Meinung darauf geſtützt, daß das Wort „Auftrag" in Artikel 412 O. R. im geſetzestechniſchen Sinne des Art. 394 O. R. zu verſtehen ſei und damit auch gleichzeitig die Frage, welcher Vertragsart der Mäklervertrag unterzuordnen ſei, entſchieden: Er iſt eine Unterart des Auftrags, dem die Bezeichnung „contractus ſui generis" deshalb zukommt, weil nicht alle Auftragsregeln auf ihn zur Anwendung kommen und das ſchweizeriſche O. R. ihn auch äußerlich durch die Abſonderung von anderen Verträgen als beſonderen Vertrag behandelt hat.

Die Unterordnung des Mäklervertrages unter die allgemeinen Auftragsregeln iſt nach ſchweizeriſchem Recht, wie ſchon bei Behandlung der rechtlichen Natur des Agenturvertrages geſagt iſt, um ſo ſelbſtverſtändlicher, als für das ſchweizeriſche Recht das im deutſchen Recht beſtehende Bedenken, einen entgeltlichen Vertrag dem Mandat unterzuordnen, nicht beſteht; denn nach ſchweizeriſchem Recht kann der Auftrag ſowohl entgeltlich wie unentgeltlich ſein.

Wird die grundſätzliche Tätigkeitspflicht des Mäklers durch Parteiabrede wegbedungen, dann bleibt der Vertrag dennoch ein Mäklervertrag[4]) und Art. 413 ff. O. R. bleiben anwendbar.

[1]) Gmür Art. 394 Anm. 8. a. M. Blätter f. Zür. R. 16. 4. Nr. 5, vergl. die bei Fick Anm. 3 vor 412 zit. Entſch. [2]) S. oben Seite 50/51.

[3]) Fick hält den Vermittlungsagenten (der alſo keine Vollmacht hat) ohen Grund für einen Mäkler.

[4]) Gmür Art. 412, Anm. 1, Ofer Art. 412 Anm. 2 c d.

VI. Abſchluß und Beendigung des Agentur- und Mäklervertrages

a. nach deutſchem Recht.

Der Abſchluß des Agentur- und Mäklervertrages bedarf nach deutſchem Recht keiner Form. Es herrſcht hier wie in allen modernen Rechtsſyſtemen grundſätzlich Formfreiheit. Eine formlos erklärte, auf Vertragsſchluß gerichtete Willensübereinſtimmung führt den Abſchluß des Agentur- und Mäklervertrages herbei.

Für die Beendigung dieſer Verträge gelten die allgemeinen Regeln des B. R., ſoweit nicht das Geſetz Sonderregeln aufgeſtellt hat oder nach der Natur eines Vertrages die betr. Beſtimmungen des Vertragsrechts, dem er unterfällt, zur Anwendung kommen. Für das Mäklervertragsrecht hat weder das B. G. B. noch das H. G. B. beſondere Beſtimmungen hinſichtlich der Beendigung des Mäklervertrages getroffen. Da der Mäklervertrag ein Vertrag eigener Art iſt und auf ihn andere Vertragsſonderbeſtimmungen nicht zur Anwendung kommen, richtet ſich die Beendigung des Mäklervertrages nach den Beſtimmungen des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältniſſe.

Für die Beendigung des Agenturvertrages enthält § 92 H. G. B. eine Sonderbeſtimmung. Außer dieſer und den allgemeinen Beſtimmungen des Rechts der Schuldverhältniſſe ſind auf den Agenturvertrag als Geſchäftsbeſorgungsdienſtvertrag die Beſtimmungen über die Beendigung des Dienſtvertrages und die in § 675 B. G. B. für anwendbar erklärten §§ 671 Abſ. 1 und 672—674 B. G. B. über die Beendigung des Auftrages heranzuziehen.

Das dispoſitive Geſetzesrecht tritt aber nur in Kraft, wenn der Einzelvertrag keine beſonderen Beſtimmungen über die Beendigung des Agentur- oder Mäklervertrages enthält. Ein auf Grund Parteiabrede befriſteter Agentur- oder Mäklervertrag endigt natürlich mit Zeitablauf. Im Agenturvertrag dürfte häufig eine ſolche Friſtſetzung getroffen werden; denn der Agent iſt ſtändig betraut, d. h. für längere Zeit mit der Vertretung der Intereſſen ſeines Geſchäftsherrn beauftragt und wenn dieſer ſchon bei Abſchluß des Vertrages zeitig ein Ende der Dienſte des Agenten abſieht, wird er regelmäßig die Tätigkeit des Agenten für eine vertraglich begrenzte Zeit in Anſpruch nehmen.

Dagegen kommt beim Mäklervertrag eine Friſtſetzung hinſichtlich der Beendigung ſelten vor. Der Mäkler wird von Fall zu

Fall oder in einer Reihe von Einzelfällen tätig, ſeine Dienſte finden mit der Erreichung des wirtſchaftlichen Zweckes ſeiner Tätigkeit, dem Abſchluß des von ihm nachgewieſenen oder vermittelten Vertrages, ihr natürliches Ende. Mit dem Zuſtandekommen des Vertrages entſteht der Proviſionsanſpruch des Mäklers. Zahlt der Geſchäftsherr, ſo iſt von beiden Seiten erfüllt, der Mäklervertrag endigt dann durch Erfüllung.

Kommt der beabſichtigte Vertrag nicht zuſtande, ſo kann von einer Proviſionszahlungspflicht des Geſchäftsherrn und demnach von einem Erlöſchen des Vertrages durch Erfüllung des Vertrages keine Rede sein, da nur der Mäkler erfüllt — vermittelt — hat, die die Lohnzahlungspflicht des Geſchäftsherrn auslöſende Rechtsbedingung (Ausführung) aber nicht eingetreten iſt. In dieſem Falle wird, wenn der Mäkler nicht mehr tätig wird und der Auftraggeber ausdrücklich oder ſtillſchweigend zu erkennen gibt, daß er auf die Mäklerdienſte verzichtet, der Mäklervertrag durch einen „contrarius actus", einer mit dem Vertragsſchluß korreſpondierenden Vertragsaufhebung beendigt. Setzt dagegen der Mäkler nach Fehlſchlag ſeiner erſten Tätigkeit ſeine Bemühungen im Intereſſe des Auftraggebers fort und läßt ſich der Auftraggeber erkennbar die Dienſte des Mäklers gefallen, ſo wird der Mäklervertrag fortgeſetzt.

Sicherlich wird auch beiden Parteien des Mäklervertrages ein jederzeitiges Kündigungsrecht zuzuſprechen ſein, und zwar in Analogie zum Werkvertrag, der dem Mäklervertrag verwandt iſt, weil der Erfolg beim Mäklervertrag und beim Werkvertrag Vorausſetzung für die Lohnzahlungspflicht des Auftraggebers bezw. des Beſtellers iſt. Dem Mäkler ſteht dieſes Kündigungsrecht ſchon deshalb zu, weil er grundſätzlich nicht zur Übernahme einer Tätigkeit verpflichtet iſt; dem Geſchäftsherrn aber in Analogie zu § 649 B. G. B., wobei dann aber doch die Vergütung wegfällt, weil die dafür in § 652 B. G. B. aufgeſtellte Vorausſetzung — das Zuſtandekommen des Vertrages — fehlt.[1])

Der unbefriſtete Agenturvertrag kann auch wie der Mäklervertrag durch einen beſonderen „contrarius actus" wieder aufgehoben werden. Dagegen erliſcht der Agenturvertrag nicht durch Erfüllung, d. h. durch die Vermittlung eines einzelnen Geſchäfts mit nachfolgender Proviſionszahlung des Geſchäftsherrn.

Denn der Agent iſt ſtändig, d. h. längere Zeit mit der Wahrnehmung der Intereſſen ſeines Geſchäftsherrn betraut, ſeine Tätigkeit erſchöpft ſich nicht mit der Vermittlung *eines* Geſchäfts, er iſt dauernd in der Erfüllung und wenn der Geſchäftsherr ihm — regelmäßig halbjährlich — ſeine Proviſion abrechnet und auszahlt, hört

[1]) Staudinger § 652 Anm. 2a und Vorbem. 4c vor 652, übereinſtimmend Oertmann und Planck zu § 652, Rospatt S. 546.

der Agenturvertrag nicht auf. Ein Ende der vertragsmäßigen Tätigkeit ist beim nichtbefristeten Agenturvertrag also nicht abzusehen. Da deshalb jede Partei, die den unbefristeten Agenturvertrag beendigen will, auf die Einwilligung der anderen zum Aufhebungsvertrag oder auf die nach § 92 Abs. 2 H. G. B. bestehende Möglichkeit zum Rücktritt aus einem wichtigen Grunde angewiesen wäre, hat der Gesetzgeber beiden Parteien im § 92 Abs. 1 H. G. B. ein dort näher umschriebenes, dispositives Kündigungsrecht eingeräumt, das den Vertragsparteien allerdings schon nach den Bestimmungen des Dienstvertrages, dem der Agenturvertrag als Geschäftsbesorgungsdienstvertrag unterworfen ist, zusteht.

Von den Endigungsgründen, deren Beurteilung mangels besonderer Vertragsbestimmungen den allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über Verträge unterliegt, verdienen für den Agentur- und Mäklervertrag der Tod und der Konkurs eines Vertragsteiles besondere Beachtung. Der Tod und die ihm gleichzustellende Geschäftsunfähigkeit des Agenten oder Mäklers wird in der Regel den Vertrag bei der persönlichen Natur der Beziehungen zwischen Auftraggeber und Vermittler zur Beendigung bringen.[1]) Es sind jedoch Fälle möglich, in denen bei Verträgen mit einem größeren Agentur- oder Mäklerbüro die Persönlichkeit des einzelnen gerade tätigen Vermittlers hinter dem Namen und dem Ruf der ihn deckenden Firma zurücktritt und die Mäkler- und Agentendienste keinen persönlichen Charakter tragen. In diesen Fällen wird durch das Ausscheiden des einzelnen, für einen bestimmten Auftraggeber gerade tätigen Vermittlers der betr. Agentur- oder Mäklervertrag nicht beendigt.[2])

Ob auch der Tod und die Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers die Beendigung des Agentur- und Mäklervertrages herbeiführt, wird sich nach den konkreten Verhältnissen richten. Im Zweifel wird der Agentur- und Mäklervertrag nicht ohne weiteres beendigt,[3]) wohl aber dem Erben ein Grund zur sofortigen Kündigung gegeben sein.[4])

Bei Prüfung der Frage, ob die Konkurseröffnung den Agentur- oder Mäklervertrag beendigt, ist zu unterscheiden zwischen dem Konkurs des Geschäftsherrn und dem Konkurs des Agenten oder Mäklers:

Der Konkurs des Auftraggebers beendigt ohne weiteres den ganzen Agentur- und Mäklervertrag,[5]) wenn sich der Vertrag auf

[1]) §§ 675, 673 B. G. B.; Staub, Anm. 11 zu § 92.
[2]) S. Oertmann Vorbem. vor § 652 Anm. 5 mit dem Beispiel „Israel Schmidt Söhne".
[3]) §§ 675, 672 B. G. B.
[4]) Staub, § 92 Anm. 10.
[5]) Staub, § 92 Anm. 12.

das zur Konkursmaſſe gehörige Vermögen bezieht. Mit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Auftraggebers erreicht deſſen Geſchäftsbetrieb ſein wirtſchaftliches Ende; die noch abzuſchließenden Geſchäfte dienen nur der Liquidation. Der Agenten- und Mäklerdienſte, die begrifflich auf Weiterführung eines Geſchäfts gerichtet ſind, bedarf der Konkursverwalter im Stadium der Liquidation des Geſchäfts nicht mehr. Der Konkurszweck (die Verwaltung und Flüſſigmachung und danach die Verteilung des Vermögens des Gemeinſchuldners) verlangt es auch, daß der Konkursverwalter nicht durch die Tätigkeit Dritter, nämlich der vom Gemeinſchuldner beauftragten Agenten und Mäkler, behindert wird.[1])

Aus dieſen Gründen heraus hat § 23 K. O. das ſelbſttätige Erlöſchen eines Auftrages, der ſich auf das zur Konkursmaſſe gehörige Vermögen bezieht, ferner das Erlöſchen von Dienſt- und Werkverträgen, die eine Geſchäftsbeſorgung zum Gegenſtande haben, beſtimmt, wenn der Gemeinſchuldner der Auftraggeber war. Was für dieſe Verträge gilt, muß auch für den Agentur- und Mäklervertrag gelten, da auch dieſe Verträge, wie die beſonders aufgeführten, wirtſchaftlichen Charakter tragen und bei der ſelbſtändigen Stellung der Agenten und Mäkler als Geſchäftsbeſorgung anzuſprechen ſind.[2]) Der Agenturvertrag iſt zudem ſeiner rechtlichen Stellung nach ein Dienſtvertrag, der eine Geſchäftsbeſorgung zum Gegenſtande hat.

Gerät der Agent oder Mäkler in Konkurs, ſo erliſcht der Agentur- oder Mäklervertrag nicht ohne weiteres wie beim Konkurs des Auftraggebers. Auch in Konkurs geratene Agenten und Mäkler können für ihren Geſchäftsherrn noch tätig werden, und ihre Dienſte werden, wenn ſie ſchon ſehr weit gediehen ſind und die Möglichkeit eines günſtigen Vertragsſchluſſes nahe gerückt haben, für den Geſchäftsherrn auch von Intereſſe ſein.

In den meiſten Fällen kann man jedoch dem Auftraggeber nicht zumuten, daß er noch weiterhin an den in Konkurs geratenen Agenten oder Mäkler gebunden iſt. Ein gewiſſes „Odium" haftet auch heute noch in der Zeit der häufigen Konkurſe dem Kridar an. Sein Ruf hat gelitten; er wird dadurch in ſeiner Tätigkeit häufig behindert ſein und weniger Erfolg haben. Dem Auftraggeber muß deshalb jederzeit ein Kündigungsrecht zuſtehen, wenn im Einzelfalle die Konkurseröffnung über das Vermögen des Agenten oder Mäklers ſich als ausreichender Grund zur ſofortigen Kündigung erweiſt.[4]) Daß beim Vorliegen eines wichtigen Grundes der Auftraggeber

[1]) S. dazu Mentzel K. O. § 23 Anm. 1; R. G. Bd. 81 S. 336.
[2]) Mentzel § 23, K. O. Anm. 5 und die zit. Entſch.
[3]) Staub § 92 Anm. 13.
[4]) Staub, § 92 Anm, 13; R. O. H. G. Bd. 2 S. 438.

— abgesehen von der nach § 92 Abs. 1 H. G. B. und den Bestimmungen des Dienstvertrages gegebenen Möglichkeit, mit Frist zu kündigen — den Agenturvertrag sofort kündigen kann, ergibt § 92 Abs. 2 H. G. B. Für den Mäklervertrag haben wir wegen seiner Ähnlichkeit mit dem Geschäftsbesorgungswerkvertrag die Bestimmungen des § 649 B. G. B. für anwendbar erklärt, der dem Besteller bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ein jederzeitiges Kündigungsrecht einräumt.[1])

b. nach schweizerischem Recht.

Für den Abschluß und die Beendigung des Agentur- und Mäklervertrages gilt nach schweizerischem Recht im wesentlichen dasselbe wie nach deutschem Recht. Auch nach schweizerischem Recht ist der Abschluß des Mäklervertrages formfrei und geschieht durch die formlose Erklärung der Willensübereinstimmung beider Parteien, die auch nicht ausdrücklich erklärt zu werden braucht, sondern auch durch konkludente Handlungen der Außenwelt mitgeteilt werden kann.[2])

Die Beendigung derjenigen Agentur- und Mäklerverträge, die für eine gewisse Zeit abgeschlossen sind oder eine Kündigungsfrist enthalten, tritt mit Fristablauf bezw. nach erfolgter Kündigung ein. Mäklerverträge werden aus den Seite 58 erwähnten Gründen jedoch nur selten eine Kündigungsfrist enthalten, vielmehr meistens durch Erfüllung nach Art. 68 ff O. R. ihr natürliches Ende finden. Den unbefristeten Agenturvertrag beendigt bei Übereinstimmung der Parteien über die Aufhebung des Vertrages der „contrarius actus", der Aufhebungsvertrag, und wenn keine Einigung zustande kommt, als einseitige Erklärung die Kündigung mit oder ohne Kündigungsfrist. Über die Ausgestaltung des Kündigungsrechts besteht jedoch in der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung Streit. Während das deutsche H. G. B. in § 92 bestimmt, daß ein auf unbestimmte Zeit eingegangener Agenturvertrag zum Schlusse eines Kalendervierteljahres unter Einhaltung einer sechswöchigen Frist gekündigt werden kann und daß bei Vorliegen eines wichtigen Grundes sofortiger Widerruf möglich ist, trifft das O. R., wie es überhaupt nicht den Agenturvertrag regelt, auch keine Bestimmungen über dessen Beendigung durch Kündigung oder Widerruf. Artikel 404 O. R., der wie die anderen Auftragsbestimmungen des O. R. nach Art. 394 Abs. 2 O. R. auch auf den Agenturvertrag Anwendung finden müßte, bestimmt für den Auftrag die jederzeitige Widerruflichkeit.

---

[1]) S. oben Seite 59.
[2]) Oser Art. 394 O. R. Anm. VI.

Es widerſpricht jedoch der Natur des Agenturvertrages, der auf gewiſſe Dauer berechnet iſt, daß ſowohl vom Geſchäftsherrn wie vom Agenten ohne vorherige Kündigung das dauernde Vertragsverhältnis gelöſt werden kann. Zwar ſchränkt die Beſtimmung des Artikels 404 Abſ. 2 dieſe Möglichkeit etwas ein, indem ſie bei Kündigung zur Unzeit einen Schadenserſatzanſpruch gewährt; damit würde jedoch das Geſetz dem Intereſſe des Agenten und des Geſchäftsherrn nicht gerecht werden: Auf beiden Seiten, jedenfalls aber auf Seiten des Agenten werden in Erfüllung der Vertragsverpflichtungen Aufwendungen gemacht werden, die bei einem ſofortigen Widerruf, wenn dazu kein wichtiger Grund vorliegt, ſich unbilligerweiſe nicht bezahlt machen. Die Tätigkeit des Agenten wäre umſonſt geleiſtet, da er weder Proviſion noch einen Aufwendungserſatz, noch einen Schadenserſatz beanſpruchen kann. Die Folge davon wäre, daß der Agent, wenn er doch mit jederzeitigem Widerruf rechnen muß, ſeine Aufwendungen einſchränkt, da ſie ſich möglicherweiſe doch nicht bezahlt machen. Hiermit wäre wiederum dem Auftraggeber nicht gedient.

Unter Würdigung dieſer wirtſchaftlichen Seite und der Natur des Agenturvertrages als ſtändiger Betrauung ſind auf ihn unter Ausſchluß des Artikels 404 O. R.[1]) die Kündigungsbeſtimmungen des Dienſtvertrages in Art. 364 O. R.,[2]) die ſowohl ſeinem Dauercharakter wie der eben betonten wirtſchaftlichen Seite gerecht werden, für anwendbar zu erklären.

Die vorzeitige Beendigung des Agenturvertrages aus einem wichtigen Grunde iſt ebenfalls in Analogie zum Dienſtvertrage zu beurteilen, ſodaß Art. 352 O. R., der die ſofortige Auflöſung ermöglicht, analoge Anwendung findet. Was ein wichtiger Grund zur Kündigung iſt, iſt im Geſetz an keiner Stelle geſagt. Soviel iſt aber ſicher: Ein Verſchulden irgend einer Partei braucht nicht vorzuliegen; ein wichtiger Grund kann ſowohl in äußeren, die Parteien ſelbſt nicht unmittelbar berührenden Umſtänden und Ereigniſſen liegen, wie in der Perſon und in dem Verhalten einer Vertragspartei begründet ſein.[3])

Die Vorſchrift des Art. 394, Abſ. 2 O. R. ſteht mit dem Ausſchluß des Art. 404 O. R. und der an ſeiner Stelle zu erfolgenden Anwendung der Beſtimmungen des Dienſtvertrages nicht in Widerſpruch.[4]) „Die Abgrenzung des Anwendungsgebietes des Mandats

[1]) Bollag, S. 69. Bl. f. Zür. R. 4 Nr. 74; 8 Nr. 141. Einſchränkend Oser Art. 412 O. R. Anm. 5.

[2]) S. Note 1. Fick läßt dagegen beim Agenturvertrag Kündigungsfriſten nur dann zu, wenn dieſe ausdrücklich vereinbart oder handelsüblich ſind. (Fick Art. 412 Anm. 78.)

[3]) Blatter S. 118/119.

[4]) S. oben S. 73.

gegenüber anderen gesetzlichen Vertragstypen muß nach juristischen Prinzipien erfolgen, unter Anwendung der Grundsätze der Analogie. Demgemäß fallen unbenannte oder eigenartige Verträge — also auch der Agenturvertrag —, die mit einem gesetzlichen Vertragstypus nahe verwandt sind, soweit diese Verwandtschaft die analoge Anwendung fordert, nicht unter die Bestimmungen des Mandats."[1])

Da beim Agenturvertrag ein festes Vertragsverhältnis von längerer Dauer begründet wird, das in diesem Punkte eine deutliche Uebereinstimmung mit dem Dienstvertrag aufweist, so scheint die analoge Anwendung der Kündigungsvorschriften des Dienstvertrags, die auf die Beendigung eines Vertragsverhältnisses von längerer Dauer zugeschnitten sind, berechtigt und der Ausschluß des für alle Fälle die jederzeitige Widerruflichkeit aussprechenden Artikels 404 O. R. keine ungesetzliche Maßnahme.[2])

Die jederzeitige Widerruflichkeit des Mäklervertrages mit und auch ohne wichtigen Grund erscheint nach O. R. mit der auch für das deutsche Recht[3]) gegebenen Begründung möglich,[4]) wie auch aus Art. 412 Abs. 3, 404 O. R. hervorgeht.

Die Bedenken, die sich hinsichtlich der Anwendung des § 404 auf den Agenturvertrag ergeben, bestehen hinsichtlich der Anwendung des Art. 405 nicht. Danach erlischt der Agenturvertrag nach Art. 394 Abs. 2, 405 O. R. und der Mäklervertrag nach Art. 412 Abs. 3 O. R., 405 O. R. ohne weiteres durch den Tod, durch die eintretende Handlungsunfähigkeit und den Konkurs des Geschäftsherrn oder des beauftragten Agenten und Mäklers, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes gefolgert werden muß.

[1]) Gmür Art. 394 Anm. 2c.
[2]) Gmür Art. 394 Anm. 2c. und im Resultat übereinstimmend Blatter S. 112 ff.
[3]) S. oben Seite 59.
[4]) Oser Art. 412 O. R. Anm. 5, Fick Art 412 Anm. 70.

Literaturverzeichnis.

Albrecht-Tentler	Das Recht der Agenten, ein Kommentar zu §§ 84 bis 92 H. G. B. 1908.
Apt	Gutachten der Älteſten der Kaufmannſchaft zu Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Neue Sammlung Bd. I 1907, II 1910, III 1914.
Becker	Handlungsagent und Handelsmäkler — ein Vergleich 1913 —
Behm	Der Handelsagent 1913.
Blatter	Der Handelsagent nach ſchweizeriſchem Recht 1922.
Bollag	„Die Rechtsſtellung des Handelsagenten" in Schweiz. Juriſten-Zeitung 10 Jahrgang, S. 165
Coſack	Das Handelsrecht, 7. Auflage 1910.
Crome	Die partiariſchen Rechtsgeſchäfte, 1897.
	Denkſchrift zum Entwurfe eines Handelsgeſetzbuches.
Düringer-Hachenburg	Kommentar zum Handelsgeſetzbuch, 2. Aufl. 1908.
Ehrenberg	Handbuch des geſamten Handelsrechts Bd. V, Abt. 1, 1926. Erſter Abſchnitt: Der Handlungsagent, v. Walter Schmidt-Rimpler. Zweiter Abſchnitt: Der Handelsmakler v. E. Heymann.
Enneccerus-Kipp-Wolf	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 2. 18. bis 22. Aufl. 1923.
Fick	Das ſchweizeriſche Obligationsrecht, Kommentar 1911.
Goldſchmidt	Zeitſchrift für das geſamte Handelsrecht.
Goldmann	Kommentar zum H. G. B. 1901.
Gmür	Kommentar zum Schweizeriſchen Zivilgeſetzbuch, Bd. VI 1927.
Hartrath	Der Mäklervertrag im mitteleuropäiſchen Privatrecht, 1919.
Höß	Der Mäkler im deutſchen Bürgerlichen Geſetzbuche, im deutſchen Handelsgeſetzbuche u. im ſchweizeriſchen Obligationsrechte, 1914.
Immerwahr	Das Recht des Handlungsagenten 1900.
Jacuſiel	Das Recht der Agenten und Makler. Heft I: Das Recht der Agenten, 1925. Heft II: Das Recht der Makler, 1926.
Jäger	Kommentar zur Konkursordnung 1916.
Kuhlenbek	Der Maklervertrag in Juriſt. Wochenſchrift 1907 S. 34
Lotmar	Der Arbeitsvertrag.
Makower	Handelsgeſetzbuch mit Kommentar, 1906,
Mentzel	Kommentar zur Reichskonkursordnung, 1928.
Oertmann	Das Recht der Schuldverhältniſſe, 1910.
Oſer	Das Obligationenrecht, Kommentar 1915.
Planck-Oegg	Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch, 1925.
Reichel	Die Mäklerproviſion, 1913.
Reichsgerichtsräte Dr. Buſch, Erler uſw.	Das bürgerliche Geſetzbuch, Kommentar 1928.
Reuling	Die Proviſionsanſprüche der Grundſtücksvermittler. Gruchots Beitr. 40, 193 ff.

Riesenfeld	Der Zivilmäkler. Gruchots Beitr. Bd. 36 und 37.
Rohde	Der Handlungsagent, 1910.
Rospatt	Gruchots Beitr. 45, 546 ff.
Rudolf	Das Recht des Börsenagenten in Frankreich und der Schweiz, 1913.
Rumpf	Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte, Archiv für ziv. Pr. Bd. 119 S. 88.
Schling	Deutsches Handelsrecht, 1926.
Staubs	Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. I. 1926.
Staudinger	Kommentar zum B. G. B. 1912.
Warneyer	Kommentar zum B. G. B. 1923.
Wüstendörfer	Der Handlungsagent als deutscher und ausländischer Rechtstypus in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 58 S. 123.

Entscheidungen

Deutsche Juristenzeitung	zit. DJZ
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts	„ Gruch Beitr.
Juristische Wochenschrift	„ JW.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht	„ LZ.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte	„ OLGR.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsach. Das Recht	„ R. G.
Entscheidungen des Reichsoberlandesgerichts	„ ROHG.
SeuffertsArchiv für Entscheidungen der obersten Gerichte	„ Seuff Arch.
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts	„ K. G. Bl.

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts	„ B. G. E.
Schweizerische Juristenzeitung	„ SJZ.
Blätter für zürcherische Rechtsprechung	„ Bl. Zür. R.